BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schlosgangl von Edlenbach, Franz Joseph Carl,

Heres necessarius ad formam Nov. 115. C. 3. 4. delineatus

Salisburgum 1736
4 Diss. 2953#Beibd.1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10953009-4
VD18 15214362-001

4° Diss. 2953.

HERES NECESSARIUS

Ad Formam Nov. 115. cap. 3. & 4. delineatus,

SEU

TRACTATUS JURIDICUS

DE

LIBERIS, PARENTIBUS,

ET FRATRIBUS, HEREDIBUS

INSTITUENDIS VEL EXHEREDANDIS.

QUEM

SUB SACRATISSIMIS AUSPICIIS

INVICTISSIMI AC POTENTISSIMI

CAROLI VI.

Romanorum Imperatoris Auguſtiſſimi, Germaniæ, Hiſpaniæ, Hungariæ, Bohemiæque Regis, Archi-Ducis Auſtriæ &c. &c.

In Alma, & Archi-Epiſcopali Univerſitate Salisburgenſi

Unàcum Parergis ex Univerſo Jure

PRÆSIDE ET AUTHORE

FRANCISCO JOSEPHO CAROLO

SCHLOSGANGL AB EDLENBACH,

J. U. Doctore, Celſiſſ. ac Reverendiſſ. S. R. I. Principis, & Archi-Epiſcopi Salisburgenſis &c. &c. Conſiliario Actuali Aulico, ac Pandectarum Profeſſore Ordinario,

DISPUTATIONI ACADEMICÆ SUBJECIT

JOSEPHUS JOANNES TOBIAS GERSTER,

NOBILIS DE GERSTORFF,

S. R. I. & Regni Bohemiæ Eques, Provincialis Salisburgenſis, Juris Utriusque Candidatus, Examinatus, & Approbatus.

Die 6. Septembris Anno à Chriſto Nato M. DCC. XXXVI.

SALISBURGI, Typis Joan. Joſ. Mayr, Aulico-Academici Typogr. p.m. Hæredum.

AUGUSTISSIMO
AC
INVICTISSIMO
CAROLO VI.
ROMANORUM
IMPERATORI
SEMPER AUGUSTO
GERMANIÆ, CASTELLÆ, ARRAGONIÆ, LEGIONIS, UTRIUSQUE SICILIÆ, HIERUSALEM, HUNGARIÆ, BOHEMIÆ, DALMATIÆ, CROATIÆ, SCLAVONIÆ, NAVARRÆ, GRANATÆ, TOLETI, VALENTIÆ, GALLITIÆ, MAJORICARUM, SEVILIÆ, SARDINIÆ, CORDUBÆ, CORSICÆ, MURCIÆ, GIENNIS, ALGARBIÆ, ALGEZIRÆ, GIBRALTARIS, INSULARUM CANARIÆ, ET INDIARUM, AC TERRÆ FIRMÆ, MARIS OCEANI
REGI,

ARCHI-DUCI AUSTRIÆ,
DUCI
BURGUNDIÆ, BRABANTIÆ, MEDIOLANI,
MANTUÆ, STYRIÆ, CARINTHIÆ, CARNIOLÆ,
LIMBURGIÆ, GELDRIÆ, WIRTENBERGIÆ, SUPE-
RIORIS ET INFERIORIS SILESIÆ, CALABRIÆ,
ATHENARUM ET NEOPATRIÆ,
PRINCIPI
SUEVIÆ, CATALONIÆ, ET ASTURIÆ,
MARCHIONI
SACRI ROMANI IMPERII, BURGOVIÆ,
MORAVIÆ, SUPERIORIS ET INFERIORIS
LUSATIÆ,
COMITI
HABSPURGI, FLANDRIÆ, TYROLIS,
FERETIS, KYBURGI, GORITIÆ ET
ARTHESIÆ,
LANDGRAVIO ALSATIÆ,
MARCHIONI ORISTANI, COMITI GOZIANI,
NAMURCI, ROSSILIONIS ET CERITANIÆ,
DOMINO
MARCHIÆ SCLAVONICÆ, PORTUS
NAONIS, BISCAIÆ, MOLINÆ, SALINARUM,
TRIPOLIS ET MECHLINIÆ,
&c. &c. &c.

DOMINO MEO
CLEMENTISSIMO.

AUGUSTISSIME CÆSAR, DOMINE CLEMENTISSIME.

PAtere ad Sacratum MAJESTATIS TUÆ Solium unà mecum prosterni levidense volumen istud, Cui AUGUSTUM præfigi NOMEN cum effigie Clemen-

mentiſſimè indulſiſti. Materiam juris non minùs uſu forenſi, quàm Jure-Conſultorum diſputationis celebrem, de *Herede neceſſario*, ſeu de *Liberis*, *Parentibus*, *Fratribus heredibus inſtituendis vel exheredandis* ſub conſpectum TUUM adfert; nec temeritatis argui formidat, quando ad illius pedes Principis ſeſe advolvit, cujus AUGUSTUM pectus Sapientiæ amor incredibilis dudum occupavit. Dici non poteſt, qualibus, quantísque incrementis in terris TUIS, TE CÆSARE, bonæ artes efflorescant: augetur in dies virorum eruditorum numerus, quibus ingens

gens TUA benevolentia animos ſti-
mulósque addit, ut diſcendis & penè
exhauriendis ſcientiis vires omnes ab-
ſumant. Qui quidem TUUS in lite-
ras ſingularis amor, atque ingens Li-
teratorum exiſtimatio apud animum
meum effecit, ut in Jurisprudentiæ
ſtudium maxima, qua poſſem, con-
tentione incumberem, & quam co-
ram vides, qualemcunque lucubratio-
nem AUGUSTIS TUIS pedibus ſub-
ſternerem. Quamquam non deſint
& alii tituli; quibus me totum quan-
tum MAJESTATI TUÆ obſtrictum
devinctúmque tenes. Accerſiîſti in

au-

aulam TUAM genitorem meum, eorúmque numero eundem addidisti, quorum curæ ac medendi peritiæ corporis TUI ſalutem Clementiſſimè committas. Quæ maxima ſanè gratia quemadmodum genitori meo, mihi, meísque omnibus ſummo honori cedit, ita pariter nos omnes ſingulari fidei, obſervantiæ & obſequendi ſtudio MAJESTATI TUÆ æternùm devotos reddit. Accipe igitur à tot nominibus devoto obſtrictóque pectore hoc qualecunque obſervantiæ obſequii ac perpetuæ intaminatæque fidei pignus AUGUSTISSIME CÆSAR,

SAR. Reſpice oculo illo Clementiſſimo, quo Principes etiam felices reddis, & me, genitorem meum, meáque omnia gratiæ TUÆ ſinu fove.

SACRATISSIMÆ
MAJESTATIS TUÆ

Clientum infimus

JOSEPHUS JOANNES TOBIAS GERSTER,
NOBILIS DE GERSTORFF.

APPROBATIO
SAC. FACULTATIS THEOLOGICÆ.

LUcubrationem hanc feliciſſimam, utpote Auguſtiſſimo Invictiſſimi Imperatoris CAROLI VI. *Nomine præfulgentem præf. 2. ff.* hæc ipſa ſacratiſſima Auſpicia contra quoscunque profanatores adeò validè tuentur, & glorioſiſſimè armant, ut ulterioris Approbationis ſubſidiô minimè indigeat: *Sacrilegii enim inſtar eſt, dubitare, an is dignus ſit, quem elegerit Imperator. l. 3. Cod. de Crim. Sacrileg.* Succedat ergò Approbationi ſuperfluæ juſtiſſima gratulatio, quam tota noſtra Univerſitas Clariſſimo hujus Operis Authori vel ideò debet, quòd ſolidiſſima ſua Jurisprudentia denuo anſam præbeat renovando illi Oraculo, quô Summus Monarcha noſter paucîs abhinc annîs Imperatorio velut ex Tripode Benedictina Juvavienſium ſtudia coràm Celſiſſimo Archi-Præſule noſtro Clementiſſimè approbare auditus eſt. Cæterùm quia in hoc præclariſſimo Tractatu præclariſſimè tractatur de Herede &c. non minùs opto vehementiſſimè, quàm auguror certiſſimè, nobiliſſimum Filium Defendentem ad Perilluſtris, & Magnifici Domini Parentis Solatium, ſicut nunc exquiſitiſſimâ ſuâ ſcientiâ, & hereditaria virtute Paternæ eſt Æmulus gloriæ, ita olim fore Imperatoriæ Heredem Gratiæ. Die 1. Septembris 1736.

Loco Spectabilis Domini Decani

P. PLACIDUS RENZ, Ord.
S. Bened. ex Imperiali Monaſt. Weingartenſi, SS. Theolog. Doctor, ejúsdémque in Moralibus Profeſſor Ordinarius, Celſiſſimi & Reverendiſſimi S. R. I. Principis, & Archi-Epiſc. Salisburgenſis &c. &c. Conſiliarius Eccleſiaſt. Relig. Convictus Regens.

AP-

APPROBATIO
INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ.

HERES NECESSARIUS, etſi aliàs plurimis, iísque ingentibus difficultatibus atque obſcuritatibus involutus, præſtantiſſima hac elucubratione, quam pro munere meo non ſinè aviditate & fœnore diligentiſſimè perluſtravi, tam patenter exponitur; ad mentem tum juris antiquioris, tum novioris, ac noviſſimi, & quidem ſive Civilis, ſive Prætorii, quæ ipſa inter ſe pugnantia atque variantia hanc materiam adeò ſalebroſam reddunt, tantâ eruditionis præſtantiâ explanatur; juxta theoriam & praxim, quæ ingenioſiſſimè copulantur, adeóque tam pro ſchola, quàm pro foro tantâ ingenii felicitate atque prudentiâ diſcutitur; ab Authorum vexis, atque intricatiſſimis ambiguitatibus tantâ Doctrinæ ſoliditate, ac dexteritate abſolvitur, ut meritiſſimè ſibi gratulari poſſit ac debeat, fuiſſe ſe tantum Authorem atque Expoſitorem, cujus fama jam aliunde celebratiſſima eſt, conſecutum. Digniſſimus proin, ut non quomodocunque lucem publicam aſpiciat, ſed etiam intima Auguſtiſſimi Cæſaris (cujus feliciſſimum Regimen Superi ad Neſtoris Annos juxta totius orbis vota incolume beare velint) Penetralia non tantùm ad Clariſſimi Authoris, nec non nobiliſſimi D. Defendentis; ſed etiam ad hujus Univerſitatis, ac præcipuè Facultatis Juridicæ perennaturam Gloriam genuflexus introëat. Ita gratulabundus cenſet

JOANNES DOMINICUS
PEREGRINI, J. U. Doctor, Celſiſſimi ac Reverendiſſimi S. R. I. Principis, & Archi-Epiſcopi Salisburgenſis &c. &c. Conſiliarius Actualis Aulicus, Inſtit. Imper. Profeſſor Ordinarius, nec non Facultatis Juridicæ p. t. Decanus.

AD

AD
BENEVOLUM LECTOREM.

QUòd in tanta Materiarum Juridicarum varietate hoc potiſſimum de Herede Neceſſario *argumentum pertractandum ſuſceperim, neminem facilè futurum arbitror, qui ejus à me conſilii rationes expoſcat. Ea enim nobis eſt perſuaſio, ut credamus, vix aliud juris argumentum occurrere, quod ſpinoſis adeò difficultatibus obſeſſum, atque etiam poſt longa & operoſa Interpretum ſtudia magìs impeditum eſſet. Nec aliter id fieri potuit: nullum quippe aliud juris caput eſt, quod crebra adeò legislatione decoratum, tot Jure-Conſultorum Reſponſis auctum, tot Prætorum Edictis, civilis juris duritiem moderantibus, locupletatum, denique etiam pro varia ſuccedentium inter ſe temporum ratione novis itentidem legibus immutatum ſit. Succeſſit tandem Imp. Juſtinianus, qui in tanta legum, nec non juris Civilis & Prætorii varietate, novâ veluti formâ Heredem neceſſarium exornaturus, magna antiquæ legislationis parte exauctorata, præcipua ejus jura* Nov. 115. cap. 3. & 4. *complexus eſt. Verùm cùm ſæpè alibi, tam hìc meritò Triboniani oſcitantiam Interpretes noſtri incuſant, quòd ita hanc Novellam Conſtitutionem concepiſſet, ut quantùm per eam Juſtinianus juri veteri detractum, quantúmque ex illo ſuperſtes eſſe voluerit, plerisque minimè perſpicuum videatur. Unde factum eſt, ut penè tot ſententiarum & opinionum capita enata ſint, quot ferè Scriptores ad eam illuſtrandam acceſsêre. Quæ DD. diſſenſio quantas in ſchola non minùs, quàm in foro & tribunalibus diſputationes accenderit, nemo omnium ignorat. Quæ res nobis animum ſubjecit, ut univerſum Heredis Neceſſarii jus, idque inde à primis Romanæ Legislationis temporibus arceſſendo, in unum velut manipulum colligere, quid quantúmve in hoc procedente tempore, præcipuè circa Suitatis & Emancipationis differentias, Præteritionis aut Exheredationis effectus immutatum? pleniùs exponere, Romani juris placita perpetuò cum moribus Germaniæ conferre comniteremur. Quo ſucceſſu à nobis id effectum fuerit? æqui Lectoris judicium eſto. Talis ſi fueris, etſi omnia noſtra, quæ aliquando contra communem doctrinam inſperſimus, probare nequeas, certè conatus noſtros ſtudiáque haud improbabis.*

CA-

CAPUT I.

De Liberis, Parentibus, Fratribus heredibus inſtituendis.

INternam teſtamenti formam abſolvit heredis inſtitutio, ſeu deſignatio immediati ſucceſſoris in univerſum jus, quod defunctus habuit. *l.24. ff. de V. S. l.62. ff. de R. J.* quæ præcipuum caput ac fundamentum teſtamenti eſſe dicitur, *§.34. Inſt. de Legat. l.1. §. fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* & per quam ſuprema cujusque voluntas ſeu ſolemnis, ſeu minùs ſolemnis in eſſe teſtamenti conſtituitur, *l.3. in fin. ff. de his, quæ in teſtam. delent. l.13. §. un. l. ult. ff. de jure codicill.* ac à codicillo diſtinguitur. *l.10. ff. §.2. Inſt. eod.* Hæc dividi poteſt in voluntariam & neceſſariam. Voluntaria eorum eſt, qui nulla lege cogente pro lubitu heredes ſcribi vel negligi poſſunt. Neceſſaria ad eos pertinet, quos ſalvîs teſtamenti tabulîs teſtator præterire nequit, vel citra juſtam cauſam exheredare. Quorum in nnmero I. ſunt *Liberi*, II. *Parentes*, III. *denique Fratres*, non abſolutè, ſed certo reſpectu. Liberorum varium genus eſſe conſtat. Sunt alii mares, alii fœminæ. Primi vel ulterioris gradûs. Sui, emancipati. Naturales & legitimi ſeu adoptivi. Alii denique nati, alii poſthumi, híque vel verè vel quaſi tales. In quibus ſingulis quid tum veteri tum hodierno jure obtineat, diſtinctis §§. examinare animus eſt. Sit igitur

§. I.

De Liberis Suis tam primi quàm ulterioris gradûs heredibus instituendis.

SUMMARIA.

1. Suus heres quis, & unde dicatur? 2. Magna olim in liberis inter sexum & gradum differentia. 3. Quam postea sustulit Justinianus, unde 4. Nepotes proximè in potestate avi sui existentes necessariò hæredes instituendi sunt. 5. Quod & hodie, cùm pater eorum emancipatus superstes est, quidam procedere volunt, sed 6. refutantur, ac unà tit. de conjung. cum emancipat. liber. ejus *abrogatus esse ostenditur. 7. Si filius per statum & conditionem suam patri suo hæres esse nequit, nepos ab avo necessariò heres instituendus. 9. Non idem procedit, si filius exheredatus sit. 10. Contraria Schilteri doctrina. 11. Refellitur. 12. Nepos cum filio conjunctim institutus non simul, sed ordine successorio admittitur. 13. & 14. Quod pluribus argumentis probatur. 15. Adducuntur fundamenta dissentientium. 16. & diluuntur. 17. Sensus & effectus ordinis successorii explanatur. 18. Fratre cum* filiis *ejus instituto omnes mox unà succedunt. 19. & 20. An idem dicendum, si frater cum* liberis *institutus sit? 21. Quid juris, si quis familiam, cognationem, descendentes &c. heredes scripserit?*

1 SUum heredem Romani dixerunt, qui in potestate testatoris existens proximum ab eo gradum tempore mortis, vel quod ad instituendi vel exheredandi necessitatem attinet, tempore conditi testamenti obtinet *l. 7. ff. si tab. test. null. l. 12. ff. qui test. fac.* Non ergo omnes, qui patriæ subsunt potestati, sed illi soli, quos in ea linea nullus antecedit, sui dicuntur, velut filii filiæquefamilias, nepotes ex filio intermedio jam mortuo vel emancipato in potestate retenti. Suus autem heres dicebatur, quasi sui ipsius heres: cùm enim juris civilis fictione una cum patre persona sit, ac ita vivo adhuc patre quodammodo rerum paternarum dominus, sic ut mortuo patre non tam inchoari, aut acquiri de novo dominium, quàm potiùs continuari in filio intelligatur, nec tam hereditatem is percipere, quàm liberam bonorum administrationem consequi videatur, hinc sibi ipsi quodammodo

do, ceu ad propria bona veniens ſuccedere cenſendus eſt. *l. 11. ff. h.t. §. 2. Inſt. de hered. qual. & differ. l. 1. §. 12. de ſucceſſ. edict.* Cùm ergo liberis ſuis jus dominii in bonis paternis ex ipſa lege tributum ſit, conſequens eſt, id in alterum à patre transferri non poſſe, niſi eo priùs legitimô modô, id eſt, per exheredationem, adempto.

Filii igitur ſui neceſſariò inſtituendi vel nominatim exheredandi: qua tamen in re magna olim fuit inter ſexum & gradus differentia. Siquidem ſoli filii à patre ad valorem teſtamenti neceſſariò inſtituendi aut nominatim exheredandi erant: at filia, nepote, neptéve ex filio (ex filia nati huc non pertinent, quoniam horum præteritio pro exheredatione erat *§. fin. Inſt. de exhered. liber.*) præteritis teſtamentum non inutile reddebatur, ſed eo firmo manente ſcriptis heredibus *ad certam portionem accreſcebant*, proinde quaſi & ipſi ſcripti ſcriptæve eſſent *princ. Inſt. dict. tit. l. ult. Cod. de liber. præterit.* ſuis quidem in partem virilem, extraneis in dimidiam Ulpianus *tit. 22. §. 14.* quamquam his quoque præteritis à Prætore bonorum poſſeſſione contra tabulas conſultum fuiſſe contra Bachov. ad *d. §. 1. ex §. 5. Inſt. de exhered. liber. & l. ult. Cod. d. t.* probat Vinn. ad *eundem §. 1.* cujus differentiæ rationem ſubobſcurè indicare videtur Ulpianus in *l. 8. §. 1. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſt. Filia* vel *nepos* inquit, *quia, cùm emancipantur, una emancipatione exeunt de poteſtate, teſtamentum non rumpunt.* Quorum verborum, ùt Vinn. *d. loco* interpretatur, hic ſenſus eſt, mirandum non eſſe, ſi jus civile faciliùs præteriri filiam vel nepotem ex filio patiatur, quàm filium; quippe filium arctiori neceſſitudine eo jure conſtringi cum patre, quàm filiam aut nepotem cum patre aut avo, ex eo conſtat, quòd ille tribus demum mancipationibus, & manumiſſionibus, hi unâ de poteſtate exeunt. Hoc primum. Alterum, in quo olim differebant filii à filiabus & nepotibus, fuit iſtud, quòd filius vel inſtituendus, vel nominatim & definitè exheredandus fuerit, filiæ neptésve poterant inter cæteros exheredari generali clauſula v.g. *Titius filius heres eſto, cæteri exhe-*

2

redes ſunto. Atque ita exheredatæ hæ perſonæ per jus accreſcendi non admittebantur cum ſcriptis ſicut præteritæ, nec à Prætore ad contra tab. bonorum poſſeſſionem vocabantur. *l. 8. princ. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* ſed ſi non accepiſſent legitimam, ſola eis ſupererat querela inofficioſi. *d. §. 1. l. ult.*

3 Verùm Imperator Juſtinianus utrumque hoc in ſexu & gradu diſcrimen ſuſtulit, juſsítque, non minùs ut fœminæ quàm mares, nepotes quàm filii æqualiter heredes inſtituerentur, vel nominatim exheredarentur, adeò ut præteriti præteritæve, vel non nominatim exheredatæ ſublato accreſcendi jure, ceſſantéque inofficioſi querelâ perinde teſtamentum nullum dicerent, quàm ſi filius præteritus aut non definitè exheredatus ſit, patebítque eis non nominatim exheredatis velut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium: quoniam non ritè facta exheredatio pro præteritione habetur, *l. 8. §. 2. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* junct. *§. 2. Inſt. de inoff. teſt.* Hujus autem emendationis varias cauſas Imperator aſſignavit in *§. 5. Inſt. de exhered. liber. & l. ult. Cod. de liber. præterit.* Prima, quia hoc modo filia exheredata ſæpè plus conſequebatur, quàm præterita, & extraordinarium querelæ remedium plus conferebat, quàm jus accreſcendi & bonorum poſſeſſio: cùm enim per contra tabulas bonorum poſſeſſionem vel jus accreſcendi ad ſummùm ſemiſſem paternæ hereditatis filia præterita accipiat, & legata, ſi quæ relicta eſſent, usque ad dodrantem ſuæ portionis præſtare compelleretur, ſæpè ei nihilô plus quàm ſesuncia, atque adeò non integra legitima in ſua ſucceſſione remanſerat, cùm contra exheredatæ, ad excludendam videlicet de inofficioſo querelam, quarta pars omnimodo totius ſubſtantiæ relinqui debebat, & ita, quam injuriâ dignam pater exiſtimabat, ampliùs habebat ea, quam taciturnitate in inſtitutione præteriit. Secunda: *quòd fœminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus naturæ officiô fungantur, & ideò qui naturæ accuſatores exiſtant, quòd non totos maſculos generaverit, ut, unde generentur, non fiant.* Tertia: quòd omnes tam maſculi, quàm fœminæ ſimiliter ad ſucceſ-

ceſſionem ab inteſtato ex *L. XII.* Tab. vocabantur, eandémque æqualitatem prætores in dandis bonorum poſſeſſionibus ſervabant, ut æquum ſit, eos quoque in deferendis ex teſtamento hereditatibus pari jure, paríque prærogativa haberi. Verùm peremptorias has rationes non eſſe, nec inde iniquitatis antiquum jus argui poſſe Bachov. & Vinn. non inepta criſi ad *d. §. 1.* animadvertunt: cùm alia ſint plurima, maximéque jus familiæ & agnationis, ob quæ meliore conditione mares eſſe in cauſa ſucceſſionis, quàm fœminas iniquum non ſit, prout hoc ipſum auctor naturæ in ſua legislatione *num. 27. verſ. 8.* cautum eſſe voluit.

Et ut ad nepotes & ulterioris gradûs liberos redeamus, 4
hi pariter, utì liberi primi gradûs ad teſtamenti valorem neceſſariò inſtituendi ſunt vel exheredandi, intellige, ſi hi proximè in poteſtate avi ſui extiterint, nec eos pater in eadem poteſtate exiſtens antecedat, vel quia is præmortuus, vel quia emancipatus, & ex eo nepotes in poteſtate retenti: nam & hoc caſu nepotes, licèt gradu remotiores patre ſuo exiſtant, quia tamen eo remoto proximè in poteſtate ſui avi locum occupant, ſuíque parentis gradum ingrediuntur. *§. 2. Inſt. de exhered. liber.* ſui avo heredes efficiebantur, cujus jure civili ante jus Novellarum nulla fuit ſucceſſio. *§. ſui autem heredes 2. & 6. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. l. 1. §. 4. ff. de ſuis & legit. hered.* atque adeò neceſſariò, etiam præ genitore ſuo, tanquam extraneo *§. 2. Inſt. de hered. qualit. & differ.* heredes inſtituendi vel exheredandi. *arg. edicti*, quod prætor in gratiam emancipatorum propoſuit, *de conjungendis cum emancipato liberis ejus.*

Num verò hæc nepotes inſtituendi neceſſitas, cùm pa- 5
ter eorum ſuperſtes eſt, qui in poteſtate per emancipationem eſſe deſiit, adhucdum poſt *Nov. 118. cap. 1.* obtineat? à quibusdam controverſum eſt. Videri poſſet, eum hodiéque neceſſariò inſtituendum: cùm enim ſuus, exempto patre, avo heres ſit, eíque jus dominii in bonis avi ab ipſa lege tributum *§. 2. Inſt. de hered. qualit. & differ.* non poteſt ullus vigor te-

ſtamento conſiſtere, quo talis nepos nec inſtitutus, nec dominium ei à lege, vivo adhuc avo, quæſitum per exheredationem legitimè ademptum, unde Mejerus in *Colleg. argentor. tit. de conj. cum emancip. liber.* tradit, *Nov. 118.* tantùm pertinere ad ſucceſſionem ab inteſtato, in qua pater, etiam emancipatus, liberis ſuis quidem præfertur, non æquè ad ſucceſſionem teſtamentariam, ſed magis hoc in caſu deciſionem ex *tit. de conjung. cum emancip. liber. ejus* petendam eſſe. Adeóque ſi hoc edictum hodie non obſervetur, hoc juris ignorantiæ, quæ deſuetudine introducta jus oppreſſit, adſcribendum eſt.

6 Verùm nos in hoc animum induximus, nihil ut magis credamus, quàm titulum hunc de *conjung. cum emancip. &c.* nova Juſtiniani Legislatione per *Nov. 118.* penitùs exauctoratum, unáque neceſſitatem nepotem, patre ejus licèt extra poteſtatem avi ſuperſtite inſtituendi, ſublatam eſſe. Cùm enim, quosdam neceſſariò heredes inſtituendos eſſe diximus, eos intelligimus, quibus à lege debetur legitima: hæc verò, an non eſt pars portionis ab inteſtato obventuræ *l. 8. §. 6. & 8. ff. de inoff. teſt.* ut concluſio evidentior ſit nulla, quàm iis legitimam nullam deberi, qui ab inteſtato ſuccedendi jus nullum obtinent: quemadmodum nec de inofficioſo querelam hujusmodi ab inteſtato ſucceſſione deſtitutis impertiri voluit Ulpianus in *l. 6. §. 1. ff. de inoff. teſt.* hac qui carent, tales ſunt, ut nec inſtitui debeant: eſt enim querela remedium, quà injuria vel præteritione, vel iniqua exheredatione illata vindicatur, & hereditas ab inteſtato, ſeu per leges delata petitur: cùm ergo nepos in conſortio patris ſui licèt emancipati nulla ab inteſtato ſucceſſione potiatur, ſed ab hac penitùs excludatur, is neque in teſtamento heres fieri poteſt avo ſuo neceſſarius: ut adeò poſt *Novell. 118.* dicendum, non omnem nepotem, qui in poteſtate teſtantis proximus fuerit, ampliùs ſuum ſemper heredem futurum, ſed id inſuper requiri, ut pater ejus prædefunctus, nec in ea ſtirpe ſit, qui ab ipſa lege priorî ſucceſſionis prærogativâ inſtructus ſit. Un-

de

de quod ſupra in contrarium obductum eſt, ipſos apertè jugulat adverſarios: ex quo enim poſt *Nov. 118.* nepos in ſucceſſione ab inteſtato patri ſuo ſinè diſtinctione poteſtatis poſtponitur, non poteſt dici, ei, dum pater ſuperſtes eſt, invita adhuc avi tributum aut continuatum poſt ejus mortem avitæ hereditatis dominium, adeóque nec effectus ſuitatis, quæ in fićto hoc dominio radicatur, ampliùs in hoc nepote intelligi. vid. Stryçk. in *uſu moder. tit. de conjung. cum emancip. liber.* Lauterbach. *Colleg. Pandect.* Huber. Bach. Vinn. ad *§. 2. Inſt. de hered. qualit.* Coccejus *diſp. de Jure Nepot. ſect. 2. in fin.* & paſſim Interpretes alii, qui communiter hujus tituli uſum evanuiſſe teſtantur. Imò cùm rariùs hodie contingat, ut filii ſint emancipati, & liberi eorum in poteſtate avi retineantur: quia ſatis conſtat, liberos matrimonium contrahentes, ſuísque ſeſe ſumptibus exhibentes, & ſeparato foco viventes, Germaniæ moribus pro emancipatis, ſuíque juris hominibus haberi, rariſſimè ac vix unquam de eo in forenſi tritura controverſia occurret.

Et igitur nepotes, quos filius præcedit, modò is ſit, qui aliàs per ſtatum & conditionem ſuam heres patri ſuo exiſtere non prohibetur, ſalvîs teſtamenti tabulîs tutò præteriri poſſunt, quia tum nullum ſuccedendi jus obtinent. *l. 6. princ. ff. de inj. rupt. & irrit. teſt. l. 9. §. 2. ff. de liber. & poſth. hered. inſtituen. Nov. 118. c. 1.* nec ſui heredes dici poſſunt *d. §. 2. Inſt. de hered. qualit. & different.* tum quia nepotes non aliter quàm ingrediendo in locum paternum ſui heredes avo efficiuntur *d. §. 2. verſ. in locum patris ſui ſuccedit §. 2. Inſt. princ. de exhered. liber. Novell. 118. cap. 1. verſ. ſic tamen.* Quamdiu ergo filius ſuum adhuc gradum incolit, ſequentibus obſtat, quò minùs ad avitam hereditatem jus eis ullum competat. Quamquam, ut infra *ſub Rubrica de poſthumis heredibus inſtituendis* pluribus trademus, ad providentiam teſtatoris pertineat, eos quoque in eventum deficientium liberorum heredes ſcribere, ne ſi præmortuo filio præteriti reperiantur, avi ſui quaſi agnaſcendo teſtamentum rumpant. *d. §. 2. Inſt. de exhered. lib.* 7

l. 13.

l. 13. ff. de injuſt. rupt. &c. ejúsque hereditatem ab inteſtato auferant. *l. 2. Cod. de lib. præterit. & exhered.*

3 Dixi autem notanter: *ſi filius is præcedat, qui aliàs per ſtatum & conditionem ſuam heres patri exiſtere non prohibetur.* Talis enim ſi ſit, perinde effectu juris habetur, atque ſi mortuus is eſſet, *l. 29. §. 5. ff. de lib. & poſthum.* cùm mors civilis naturali comparetur *l. 4. §. 1. ff. de bon. libert. l. 1. §. pen. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* ut adeò ex eo nepotes hoc caſu neceſſariò heredes inſtituendi ſint *dd. text.* cujusmodi ſunt liberi deportati, hodie bannô Imperialî perculſi, olim & ſervi pœnæ effecti, quin & emancipati, & in genere omnes, qui vel maximam, mediam, aut minimam capitis diminutionem paſſi ſunt. *d. l. 29. §. 5.* junctâ *l. 3. §. 1. ff. de capit. diminut.* Et quoniam etiam religionem aliquam profeſſi civiliter pro mortuis reputantur. Gail. *lib. 2. obſerv. 122. num. ult.* Peregrin. de *jure fiſci l. 3. tit. 14. concl. 4.* quidam autem ordines bonorum capaces ſunt, alii incapaces, ut nec heredes inſtitui queant. *Clem. Exivi. de V. S.* conſequens eſt, ut ſi quis poſteriori ordini v.g. Franciſcanorum aut Capucinorum ſe mancipâſſet, nepotes ex eo avo ſui heredes agnaſcantur, quod in profitentibus ordinem bonorum capacem ſecùs obtinet: cùm illi tametſi poteſtate patria exempti, jura tamen ſuitatis ac proinde & ſucceſſionis tam ex teſtamento quàm ab inteſtato retineant. *l. 56. §. 1. Cod. de Epiſc. & Cleric. arg. Nov. 81. cap. 2. Graſſus §. teſtam. quæſt. 36. num. 12.* Quid ſi filius hæreſin alat, lege Imperii non toleratam, aut aliàs ex delicto, ſalvo cæteroquin civitatis ſtatu ſucceſſionis ſit incapax? veroſimile eſt, etiam hoc caſu liberos ejus avo ſuo heredes agnaſci; quoniam tum nemo eos antecedit, ad quos proin immediatum jus ſuccedendi devolvitur. *arg. l. 1. Cod. de hered. inſtituend.* ubi Imperator reſpondet, hereditatem incapaci relictam in ea cauſa eſſe, in qua eſſet, ſi ſcriptus non fuiſſet; quia paria ſunt, non inſtituere heredem vel incapacem, & qui pro mortuo habetur. Unde Jul. Clarus *§. teſtamentum quæſt. 31.* infert, quòd ſi quis relinquat filio ex damnato coitu progenito, relictum habeatur pe-

penitùs pro non ſcripto, ex quo talis prorſus ſit incapax, & ſic fiſcus non habeat, à quo auferat, quæ differentia eſt inter incapaces & indignos, quos in Commentatoribus ad *titulos ff. de his, quæ pro non ſcriptis habentur, item de his, quæ ut indignis auferuntur*, pleniùs vide.

Num verò exheredatô filiô nepos inſtituendus ſit, hîcque 9
præteritus vivente adhuc filio teſtamentum avi impugnare, aut nullum dicere poſſit? Jure ante-Juſtinianeo negativa ſatis apertè deciſa videtur non uno textu. Docet id I. Paulus in *l. 9. §. 2. ff. de lib. & poſthum. hered.* & authoritate Juliani, Pomponii & Marcelli confirmat, nepotem hoc in caſu non rupturum teſtamentum. Nec hujusmodi nepotem exheredandum eſſe ab avo, quem pater mortis tempore præceſſit, ait Ulpianus in *l. 6. princ. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſt.* Pro qua ſententia quoque facit textus expreſſus in *l. 4. §. 1. ff de bon. poſſeſſ. contr. tab.* quo negatur, nepoti, filiô exheredatô, bonorum poſſeſſionem deberi; & ratio eſt, quia nepos hoc caſu non eſt ſuus heres, quippe vivo patre, in poteſtate patria immediatè non exiſtens, qui, etſi exheredatus, manet tamen poteſtati patriæ obnoxius usque ad mortem teſtatoris *arg. l. 4. ff. de teſt. tutel. junct. §. 3. Inſt. de Tut.* In cujus confirmationem II. addi poteſt, quòd ſi filiô juſtè exheredatô admitteretur nepos, commodum ſucceſſionis quæreretur patri, contra *l. quæritur 38. ff. de bonis libert.*

Verùm quoniam, ùt ſcribit Schilterus *Exercit. ad Pan-* 10
dect. 38. tit. de liber. & poſthum. §. 59. & ſeqq. non jam ampliùs, quid hac in quæſtione veteri jure, ſed quid poſt Juſtiniani Legislationem obtineat, curandum eſt, itaque de hac ſola nunc etiam erit diſpiciendum. At verò non tantùm ex *Nov. 115. cap. 3.* verùm jam tum anteà *§. 5. Inſt. de exhered. liber. & l. 4. Cod. de liber. præterit.* differentias veteris Juris circa inſtitutionem vel præteritionem filiorum & filiarum, poſthumorum & nepotum ſuſtulit Juſtinianus: cùm igitur ſuis heredibus maſculis reliqui liberi omnes, emancipati filii, filiæ in poteſtate & emancipatæ, poſthumi, nepotes non ex filiis ſolùm

d. l. 4. ſed etiam ex filiabus *Nov. 18. cap. 4.* fint coæquati, & reſpectus, an quis in poteſtate patria nec ne, & an immediatè, an mediatè? ſit ſublatus: nam & mater, quæ liberos non habet in poteſtate, ad eandem legem eſt obligata *d. Nov. 115. cap. 3.* igitur noviſſimo hoc jure ſublatâ differentiâ ſuorum maſculorum & non ſuorum liberorum, ſola ſanguinis habetur ratio & ſucceſſionis; ut ita æqua lance tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato liberi ſuccedere debeant *d. l. 4.* Ex quo conſequitur, nepotem in caſu propoſito fuiſſe neceſſariò inſtituendum, aut ex cauſa legitima exheredandum unàcum patre, quoniam idem jus circa nepotes Imperator ſanciyit: quod quia neglexit teſtator, itaque nepos vel bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, vel actionem nullitatis inſtituere poteſt. Neque patitur Schilterus hanc Juſtiniani conſtitutionem reſtringi ad liberos, quos nulli antecedunt, ſed qui proximè ad ſucceſſionem parentum vocantur. Nam primò ait, expreſsè Juſtinianus nepotes filiis adæquavit quoad inſtitutionem, adeóque præteritionem veteris Juris ſuſtulit: dein admiſſa etiam reſtrictione magìs inde ſuam ſententiam confirmari putat Schilterus, quoniam filiô ex juſta cauſa exheredatô, prout hìc omnes in facto ſupponunt, nepos proximè ad ſucceſſionem avi à lege vocatur; igitur neceſſariò etiam inſtituendus vel exheredandus eſt.

11 Nobis textus à Schiltero pro firmanda opinione ſua adductos multùm diúque expendentibus nec vola nec veſtigium apparuit, unde mens Imperatoris hactenus à Jure veteri receſſum facientis, jubentísque hac in ſpecie nepotes inſtitui, eluceat; ídque eò minùs, quòd idem Legislator in *l. 34. Cod. de inoff. teſt.* nepoti uno duntaxat in caſu, quo illius pater ob moram heredis deliberantis de inofficioſo querelam præparare non potuit, eandem actionem indulſerit, aliàs jus vetus, quo nepos exheredatô filiô penitùs excludebatur, intactum relinquens. Nec credibile eſt, Imperatorem eandem conſtitutionem ſuam mox inſequentî annô, quo *l. 4. Cod. de liber. præterit.* edidit, rurſus abrogâſſe: cùm ea conſtitutione aliud

ei

ei propoſitum non fuerit, quàm vitium *antiquæ ſubtilitatis* tótque inter ſexum & gradus diſcrimina emendare, & nepotes eodem modo, nempe cùm remoto patre proximum in avi poteſtate gradum occupaturi ſunt, quo filios nominatim vel inſtitui vel exheredari, utì ex illis ampliùs patebit, quæ infrà de emancipatis de ſenſu *d. l. 4.* collocaturi ſumus. Quòd ſi ergo ex *d. l. 34.* nepos, ſi filius exheredatus ſuperſtes ſit, querela non juvatur, conſequens eſt, ei nullam ab avo legitimam deberi, adeóque nec inſtituendum vel exheredandum eſſe. Præſertim, quòd illi aliter vel ex teſtamento vel ab inteſtato avitæ hereditatis ſucceſſores non exiſtant, quàm quòd in gradum locúmque ſui parentis ſubingrediantur, *§. 2. Inſt. de exhered. §. 2. Inſt. de hered. qualit. & differ. Nov. 118. c. 1. verſ. Sic tamen.* qui unicè tunc vacare poteſt, cùm parens eorum vel civili vel naturali morte exemptus eſt.

Cùm ergo ex hactenus dictis nepos ſuperſtite filio heres 12
neceſſariò inſtitui non debeat, providi verò teſtatoris ſit, nepotem in eventum, quo filius, vivô adhuc avô, decederet, heredem ſcribi, ne, ſi is tum reperiatur præteritus, agnaſcendo ſui avi rumpat teſtamentum, hinc opportunè quæſtio occurrit, ſi pater filium & ex eo nepotem, non conceptâ in caſum deficientis filii inſtitutionis formulâ, ſed conjunctim heredes inſtituerit, v.g. dicendô, *filium ejúsque nepotem heredem inſtituo*, num eos ſimul, an nepotem demum ordine ſucceſſorio, id eſt, quo filius ſuus heres non erit, ad hereditatem ſuam vocâſſe cenſeatur? Mantic. de *conject. ult. volunt. lib. 4. tit. 9.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 70. & 71.* per totum. Manz. de *teſtam. valid. tit. 6. quæſt. 16. & tit. 11. quæſt. 10. n. 17.* Stryck. de *caut. teſtam. cap. 16. expoſitione ad L. Gallus 29. §. 1. ff. de liber. & poſthum.* receptam paſſim ſententiam teſtantur, talem inſtitutionem intelligendam eſſe ordine ſucceſſorio, ita ut primo quidem gradu filius, dein eo vel præmortuo vel quacunque alia ratione herede non exiſtente ex ſubſtitutione nepos admittatur, ita ut verbum *inſtituendi* ad filium relatum propriè, ad nepotem verò pro *ſubſtituere* accipiatur.

13 Atque hæc ſententia jure antiquo, ſecundùm quod nepos poſthumus aliter inſtitui haud poterat, quàm collata conditione in id tempus, quo ſuus naſciturus erat, minus videbatur habere difficultatis, cùm ex natura actûs, quo filius & ex eo nepos ſimul heredes ſcripti ſunt, tacitè ſubintelligeretur conditio, *ſi filius avô vivô moreretur:* quia antequam filius è medio tolleretur, nepos non erat ſuus, adeóque nec futurus heres; quæ ſententia JCti eſt in *d. l. 29. §. 1.* At verò quia ex conſtitutione Juſtiniani etiam poſthumus alienus heres inſtitui poteſt. *§. 1. Inſt. de bon. poſſeſſ.* & nepos unàcum filio & æqualiter ad avi hereditatem vocari, hinc quæſiti hujus deciſio jam non ampliùs peremptoriè ex *d. l. 29. §. 1.* ſed potiſſimùm ex probabili & veroſimili conjectura voluntatis petenda eſt, hanc verò hac interpretatione capiendam eſſe ſuadere videntur ſequentia.

14 I. Cùm plures hæredes ab aliquo inſtituuntur, inter quos eſt non ſolùm diverſus ordo charitatis, affectionis & ſucceſſionis, ſed etiam concurrit neceſſitas inſtituendi, tum non intelligitur teſtator eos ſimul & æqualiter, ſed ordine ſucceſſivo, & ſecundùm gradûs prærogativam inſtituere voluiſſe, atqui inter filium & nepotem intercedit ordo charitatis *&c.* qua parentes ſibi gradu proximiores præ remotioribus diligere, eósque priorî locô ad ſucceſſionem ſuam vocare ſolent *l. 57. §. ult. ff. ad SC. Trebell. l. 32. §. ult. l. 69. §. 3. l. 77. §. pen. ff. de leg. 2.* neque facilè credi poteſt, voluiſſe teſtatorem uti liberalitate erga nepotem cum tanto filii detrimento, niſi aliud manifeſtè appareat. Concurri titidem utrumque inſtituendi neceſſitas, filii quidem, ne ejus præteritione reddatur teſtamentum ipſo jure nullum *l. 30. ff. de liber. & poſthum.* nepotis, ne is, filiô fortè præmortuô, ſuus avo agnaſcatur heres, præteritúsque ejus rumpat teſtamentum *l. 13. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſt.* in neceſſitate verò nemo liberalis præſumitur *l. 18. ff. de adim. legat.* igitur nepotis inſtitutio ad eum duntaxat caſum reſtringi debet, quo fuit neceſſaria *arg. l. 4.* ibi: *quia non eſt veriſimile plus venditorem promiſiſſe, quàm judicio empti præ-*

præſtare compelleretur ff. de uſur. & ita capi, ùt eam jure fieri oportet, videlicet ut nepos filio ſubſtituatur *d.l.29. §.1.* Huic ſimile argumentum eſt, quo utitur Menoch. *præſumpt.70.n.4.* quòd ille, qui actum aliquem facit, ſi aliqua extat cauſa neceſſaria, eâ adductus magìs feciſſe præſumatur, quàm cauſa merè voluntaria. *arg. l. 5. §.2. ff. de ſolut.* ergo præſumendum eſt, teſtatorem ad inſtituendum nepotem motum fuiſſe cauſa illa, quæ neceſſaria magìs eſt, & quæ reddit teſtamentum tutius & validius. II. Sæpè ita comparatum eſſe Paulus teſtatur in *l.53. princ. ff. de V.S.* ut conjuncta pro disjunctis & disjuncta pro conjunctis accipiantur *arg. l.64. ff. de contrah. empt. vend. l. ult. Cod. de dotis promiſſ.* nec rarò diſpoſitio conjuncta, ſeu copulata ex probabili conjunctura teſtatoris contra propriam ſignificationem inflectatur, atque ſenſu minùs proprio, ſucceſſorio ordine intelligatur *d.l.32.l.69.* Cùm ergo in ſucceſſione pluribus deſtinata is præferatur, quem veroſimile eſt teſtatorem prædilexiſſe *arg. l. ult. Cod. de V.S.* potior erit neceſſitatis & ordinatæ charitatis præſumptio, quàm copulæ propria ſignificatio. Similiter III. quæ ex diſpoſitione legis vendicant ſibi locum ordine ſucceſſorio, ſi ab homine copulantur, ad intellectum juris debent referri, ſi veroſimilis & rationabilis voluntas diſponentis id ſuadeat *l.29. §.1. ff. de lib. & poſth. l. ult. Cod. de dotis promiſſ.* atqui ex juris diſpoſitione primô locô ad ſucceſſionem vocatur filius, dein nepos, hócque teſtator intendiſſe præſumitur, qui eos per copulam conjunxit, ergo.

Diſſentientes apud Mantic. cum Franck. *ad d. l. 29. diſp.2.* 15
memb. 3. ſect. 4. num. 11. & ſeqq. opponunt I. Quòd ſi teſtator plures indefinitè heredes ſcribat, & nullas partes exprimat, tunc omnes cenſetur ex æqualibus partibus & eodem gradu heredes inſtituiſſe *l.9. §.12. ff. de hered. inſt. §.6. Inſt. eod.* cùm ergo in propoſita ſpecie nihil à teſtatore expreſſum, ex quo eum appareat, voluiſſe alterum alteri ſubſtituere, filius & nepos eodem gradu iisdémque portionibus heredes erunt. II. In caſu, quo quis ita heredem ſcripſerit: *Titius unàcum filiis ſuis*

& Sempronius heredes mihi ſunto, Juſtinianus in *l. fin. Cod. de impub. & aliis ſubſtit.* decidit, liberos unàcum patre teſtatori ſucceſſuros, ita tamen, ut, cùm & naturâ pater & filius eadem eſſe perſona penè intelligantur, teſtatórque eos inſuper copulante orationis ſermone ad eandem partem conjunxiſſe videatur, dimidiam ſaltem Titius cum filiis, alteram Sempronius auferat *l. 11. l. 13. princ. l. 59. §. 2. ff. de hered. inſtituend. l. 9. princ. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* III. in *L. Lucius Titius 88. §. inſtituto filio 15. ff. de leg. 2.* filius & ex eo nepotes emancipati heredes ſcripti unàcum filio ſucceſſiſſe ſupponuntur. IV. In dubio quælibet determinatio æqualiter facienda *l. 4. princ. ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* & copula & æqualiter conjungit, ita ut idem ſit de uno, quod de altero ex copulatis *arg. l. 20. §. 2. ff. de inſtruct. vel inſtr. leg.* Strauch.. *Lexic. partic. juris num. 4.* Et V. denique *l. 37. ff. de hered. inſtit.* ita demum nepotem poſt filium admitti jubet, quando ſunt duo gradus à teſtatore conſtituti; cùm ergo hìc eadem verborum conceptione filius cum nepote heres ſcriptus ſit, uterque ſimul etiam ad hereditatem admittendus eſt *arg. l. 7. in fin. ff. de uſuf. accreſ.* ubi cùm ita ſcriptum eſſet, *Attio & Sejo cum heredibus meis*: tres partes fieri JCtus reſpondit, *ut unam habeant heredes, tertiam Attius, tertiam Sejus: nec enim intereſt, ita legetur illi & illi cum Mævio, an ita, illi & illi & Mævio.*

16 Quibus tamen prælaudati AA. & quidem âd I. Reſpondent, id argumentum procedere, ſi erga omnes æqualis ſit teſtatoris affectio, atque inſtituendi neceſſitas non concurrat, conſequenter ſi diſpoſitio ſit voluntaria. Et quoniam ad II. præcitati AA. ultrò fatentur, argumenta, quæ pro ſtabilienda aſſertione ſua ſuprà protulimus, non concludentem & neceſſariam voluntatis, ſed ſolùm probabilem atque ex veroſimilibus conjecturis petitam demonſtrationem continere, hinc porrò facilè largiuntur, ut, ſi teſtator filium & nepotem non per ſimplicem copulam, &, ſed per dictionem aliquam magìs conjungentem & unientem v.g. per verbum: *ſimul, unà, juxta, cum, conjunctim &c.* heredes inſtituerit, tum uter-

uterque pariter ad hereditatem admittendus ſit *d. l. fin. Cod. de impub. & ali. ſubſtit. l. 7. ff. de uſuf. accreſc.* quoniam tum de mente teſtatoris utrumque ad ſucceſſionem æqualiter vocantis, ſat apertè liqueat; quia prædictæ dictiones ſimultaneam quandam conjunctionem & concurſum ſignificant; cùm ſimplex copula & pro concurrentibus circumſtantiis contra otdinariam ſignificandi vim faciliùs obliquari, & interpretationem ſucceſſorii ordinis aut ſolam continuationem ſermonis recipere poſſit *d. l. 53. ff. de V. S.* ut quod primo loco expreſſum eſt, præcedat, & illud, quod ſequitur, veniat in ſubſidium Barb. ad *l. 1. ff. ſolut. matr.* Strauch. *d. loc. num. 9.* quemadmodum etiam Mantica *cit. loc.* plures alias ſuæ ſententiæ limitationes adſtruit, cùm nempe vel ex fideicommiſſi gravamine, filio non minùs quàm nepotibus æqualiter impoſito, vel aliis conjecturis, veluti ſi non omnes nepotes, ſed aliquos tantùm ex illis cum filio heredes ſcripſerit, Menoch. *d. loco num. 7.* apparet, teſtatorem ſimul cum filio nepotes ad hereditatem ſuam vocare voluiſſe. Ad III. quod in *d. l. 88.* nepotes tanquam coheredes cum filio admittantur, id non ex ſola inſtitutionis, quæ ibi habetur, formula, ſed ex aliis diſpoſitionis verbis, quæ ibi occurrunt, colligi poteſt, veluti quòd teſtator prohibuerit, ne ædes ab heredibus aliis quàm coheredibus vendantur. Unde ſatis de voluntate teſtatoris conſtat, eum nepotes non ſucceſſivo ordine, ſed unàcum filio heredes ſuccedere voluiſſe. Quidquod in *d. l. 88.* de nepotibus emancipatis adeóque extraneis ſermo eſt, quos inſtitui nulla teſtatorem neceſſitas urgebat. Ad IV. non inficiantur, ſuam argumento huic vim & effectum in theſi conſtare, verùm pro præſenti hypotheſi eam volunt officium ſuum perdere, atque ex veroſimili teſtatoris voluntate infringi, cùm potentior ſit neceſſitatis & ordinatæ charitatis præſumptio, quàm copulæ propria ſignificatio. Quin, quod alii reſpondent, in propoſita ſpecie filius & nepos ſatìs dicantur æqualiter determinari, ſi quilibet eorum intelligatur inſtitutus eo caſu, quo potuit, & debuit inſtitui: cùm ergo neceſſariò nepos in-

inſtituî non debeat, niſi filiô remotô, is conjunctim non poteſt, aut ſaltem non debet intelligi inſtitutus. Proinde etſi ad V. externâ verborum figurâ teſtator unum duntaxat inſtitutionis gradum expreſſerit, in caſu tamen propoſito, effectu ipſo conſiderato, videtur ſat probabili voluntatis argumento duos diſtinxiſſe inſtitutionum gradus, ut perinde hæc inſtitutio capienda ſit, ac ſi ſcriptum fuiſſet, *filium & deinde nepotem inſtituo*, ut adeò, quod alio in caſu Pomponius în *l. 66. ff. de hered. inſtituen.* ait, videri poſſit, quòd licèt ſyllaba & conjunctionem faciat, teſtator tamen non tam conjungere, quàm celeriùs dicere voluerit.

17 Succeſſivum autem ordinem, quo nepotem eâ formulâ cum filio inſtitutum prælaudati AA. ſuccedere contendunt, eo volunt effectu intelligendum eſſe, ut vocatus cenſeatur non per fideicommiſſariam, ſed per vulgarem ſubſtitutionem, in eum videlicet caſum, quo filius vel nolit adire, vel vivo patre moriatur, ita ut filio hereditatem patris ſui adeunte ſubſtitutio penitùs extinguatur; cùm enim inſtitutio verbis directis & civilibus concepta fuerit, & ſemel jure directo valere potuerit, ad fideicommiſſariam non eſt obliquanda *l. 7. & 14. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ſubſtitutiones quippe ſtrictiſſimæ dicuntur interpretationis, nec de perſona in perſonam, aut de caſu in caſum extendendæ *arg. l. 10. ff. de liber. & poſth.* Hartm. Piſtor. *l. 3. quæſt. 30. n. 7.* cùm teſtator, niſi alia acceſſerit conjectura, de qua vid. Menoch. *l. 4. præſumpt. 71.* non cenſeatur facilè fideicommiſſi onere inſtitutum prægravâſſe. Cujus hic effectus eſt, ut filio libera de hereditate paterna diſponendi facultas competat, non competitura, ſi hereditas liberis per fideicommiſſum foret reſtituenda Stryck. *loc. cit.*

18 Cùm autem hæc, quam retulimus, ſententia, non ſolùm fundetur in ordine charitatis & naturalis affectionis, ſed potiſſimùm motivô neceſſitatis nitatur, ne alioquin vitiô præteritionis corruat teſtamentum: hinc Mantic. & Manzius *cit. locis* contra alios concludunt, quòd *fratre cum liberis ejus in-*

inſtituto omnes mox unà, non ordine ſucceſſorio ad hereditatem fratris ſui admittantur, ita ut frater dimidiam hereditatis, alteram ſimul omnes ejus liberi propter collectionem capiant *l. 13. prine. ff. de hered. inſtit.* quia ceſſante inſtituendi vel ſubſtituendi neceſſitate propter ſolum ordinem charitatis non eſt à ſermonis proprietate recedendum *l. 69. princ. ff. de leg. 3.* natura autem copulæ eſt, ut conjuncti æqualiter & pro virilibus portionibus admittantur *l. 11. in fin. ff. de duobus reis. l. 16. & l. 33. ff. de leg. 1. l. 7. ff. de uſuf. accreſc.* Cui confirmando accedit *cap. Raymutius 16. de teſtam.* ubi filiâ & ejus ſobole à patre alteri filiæ impuberi per fideicommiſſum ſubſtitutis, non obſtante ordine affectionis, ſimul omnes ad fideicommiſſum admitti deciſum eſt, cujus tamen limitationes plures vid. apud Menoch. *præſumpt. 70. à num. 21.* unde porro Manz. *cit. loco num. 22.* colligit, quòd, ſi à patre filio & nepoti quid per modum legati relictum fuerit, uterque ſimul non ordine ſucceſſivo ad id compendium admittatur, quoniam tali in caſu ceſſat ordo neceſſitatis Carpzov. *part. 3. conſt. 9. def. 16. num. 3. & def. 17.* Coccej. *Jure controv. lib. 28. tit. 2. q. 12.*

Prædicta tamen aſſertio à DD. cõmuniter limitatur, ut 19
ſaltẽ procedat, quando quis *fratrem & ejus filios* inſtituit, aliud ſtatuentibus, ſi dixerit, & *liberos*. Quando enim, ùt pro regula à Manz. *cit. tract. n. 29.* traditur, plures inſtituuntur, unus nomine proprio, & deſcendentes ab eo per dictionem plurium graduum collectivam, tunc hi ordine ſucceſſivo, non ſimul ad hereditatem admittuntur: ſeu ùt loquitur Mantic. *cit. lib. 4. tit. 9. §. 28.* inſtitutio facta ſub nomine collectivo, intelligitur gradatim ordine ſucceſſorio Stryck. de *caut. teſtam. cap. 16. §. 31.* conſtat autem liberorum appellatione nepotes: & pronepotes, cæterósque, qui ex his deſcendunt, contineri; *toties enim*, ut inquit Calliſtratus in *l. 220. ff. de V. S. Leges neceſſarium ducunt, cognationem ſingulorum nominibus uti, veluti filii, nepotes &c. quoties non omnibus, qui poſt eos ſunt, præſitum voluerint: ſed ſolis bis ſuccurrent, quos nominatim enumerent.*

At ubi non perſonis certis, non quibusdam gradibus præſtatur, ſed omnibus, qui ex eodem genere orti ſunt, liberorum appellatione comprehenduntur. l. 6. ff. de teſtam. tutel. l. 2. §. 7. ff. de excuſ. l. 10. §. 7. ff. de grad. & affin. l. 9. §. 13. ff. de pœn. add. Barboſ. in verbo *liberorum nnm. 7. verſ. declaratur.*

20 Verùm etſi negandum haud ſit, ita leges, quæ non quibusdam gradibus, ſed omnibus ex eo genere deſcendentibus, quid præſtitum voluêre, plerumque liberorum nomine omnes deſcendentium gradus complecti, nemo tamen ibit inficias, eam laxiorem vocis acceptionem eſſe, nec rarò, cùm vel ratio vel uſus loquendi huic ſignificationi reſiſtit, per liberos primo gradu deſcendentes ſtrictiori ſignificatu indigitari *arg. l. 25. ff. de cond. & demonſt.* at potuit teſtator ea fuiſſe mente, ut fratris liberos, per quos populari ſenſu primi gradus deſcendentes intelligimus, non minùs quàm patrem eorum ſibi heredes eſſe voluerit, præſertim ſi fortè non minoribus illi officiis patruum ſibi demeruerunt, ad ejúsque hereditatem ſibi ſpem ſucceſſionis paraverunt: ut proinde ſucceſſivo eos ordine adversùs voluntatem teſtatoris, nec minùs propriam naturalémque vocis acceptionem admitti, atque à patre ſuo excludi durum & iniquum eſſe videatur. Etſi enim ita leges, utì diximus, communiter eam vocem interpretentur, alia tamen ſæpè legum, alia teſtatoris verbi eſſe poteſt acceptio: leges generaliter ac in commune feruntur, nullius perſonæ aut ſtudio aut affectu, ſed teſtatores eos ſibi heredes ſcribunt, quos & maximè dilexiſſe, quorumque in ſe merita ſucceſſionis datæ beneficio compenſare creduntur. Hæc eò à nobis dicta ſunt, ut priorem illam ſententiam non usque adeò liquidam, aut teſtatoris voluntati ſemper convenientem, ſimul ac id oſtenderemus, hujusmodi ambiguis in caſibus occurrentibus circumſtantias minimè negligendas, & ex his præcipuè teſtantis voluntatem explicandam eſſe.

21 Faciliùs id præcitatis DD. largiendum, quòd, ſi quis familiam, cognationem, deſcendentes &c. heredes inſtituit,

cùm

cùm ejusmodi nomina collectiva plures diverſorum graduum perſonas complectantur, quæ ſimul commodè & cum effectu ſæpè ſuccedere non poſſent, tum qui ſub dictis nominibus continentur, cenſeantur vocati gradatim ordine ſucceſſivo, primò proximiores, dein cæteri *l. fin. Cod. de imp. & aliis ſubſt.* per ſubſtitutionem, utì dictum, non fideicommiſſariam, ſed vulgarem. Imò ùt Stryck. ibidem proſequitur, tametſi familia non ſit adeò magna, quin omnes ex illa ſimul facilè de bonis hereditariis participare poſſint, háncque etiam teſtator opinionem foverit, quòd omnibus ſimul benefacere cupiat: niſi tamen hoc diſertè diſpoſitioni inſertum fuerit, ut omnes de agnatione ad ſucceſſionem ſimul concurrant, in dubio quilibet teſtator voluntatem ſuam diſpoſitioni legum, ex ordine ſucceſſionis ab inteſtato hereditates deferentium, conformâſſe, & agnatos ordine ſaltem ſucceſſorio per fideicommiſſum ad hereditatem vocâſſe intelligitur. Unum adhuc ex ſuprà laudato Coccejo addendum, quòd, ſi teſtator ex diverſis familiis heredes conjunctim inſtituerit, v. g. ſuos & conjugis proximiores cognatos, hi non in capita, ſed pro numero familiarum hereditatem dividant; quia conjunctivo nomine heredes ſcripti ſunt, indéque pro una perſona habentur, niſi per particulam *æquè* vel *ſimul* appoſitam appareat, teſtatorem eos in viriles portiones ſuccedere voluiſſe. *l. 13. princ. ff. de hered. inſtit.* Carpz. *p. 3. conſt. 9. def. 15.*

Traditur Forma Liberos inſtituendi.

Summaria.

1. Quot verbis conſtare poſſit heredis inſtitutio? 2. Quæ etiam per ſubaudita vocabula adjuvanda eſt. 3. Hodie abrogatîs formulîs quibuscunque verbis inſtitutio fieri poteſt, idoneis tamen ad exprimendum inſtitutionis titulum. 4. Verba alia directa, *alia* obliqua, *alia* communia. *5. An & quando verbum* relinquo & lego *inſtitutionem importet? 6. Titulus heredis præſumi non poteſt, quoties ll. apertam inſtitutionem deſiderant. 7. In dubio ad communem* DD. *verbi acceptionem reſpiciendum, nec non 8. pro valore in-*

institutionis pronunciandum; maximè si clausula omni meliori modo *testamento adjecta sit.* 9. *In legitima institutus dici nequit, cui illa titulo particulari relicta est.* 10. *Quem tamen quidam volunt ex clausula* omni meliori modo *ad institutionem trahendum esse.* 11. *Quod alii negant.* 12. *Prior sententia ab æquitate commendatur, &* 13. *in facti specie demonstratur.* 14. *Necessitas liberos in legitima instituendi in testamento parentum privilegiato non est remissa.* 15. *Quando divisio parentum inter liberos pro heredis institutione capienda sit?* 16. *An in testamento ad pias causas liberi necessariò institui debeant? ubi negantium* 17. *& affirmantium argumenta adducuntur.* 18. *Liberi in conditione positi non censentur instituti.* 19. *&* 20. *Argumenta contraria resolvuntur.* 21. *Casus à quibusdam exceptι adducuntur.* 22. *Filius,* si sinè liberis decesserit, *alteri hereditatem restituere rogatus, ipsis liberis fideicommisso obstrictus non est.* 23. *Institutio purè vel sub conditione fieri potest.* 24. *Variæ recensentur conditionum species.* 25. *Filius sub conditione in præsens vel præteritum concepta heres institui potest.* 26. *&* 27. *An etiam sub impossibili? Quæ vel talis absolutè,* 28. *vel secundùm quid dicitur.* 29. *Conditio impossibilis* jure *quæ?* 30. *Quare extraneus, non æquè filius sub hac conditione institui queat?* 31. *Ratio Schilteri rejicitur, ac* 32. *ratio disparitatis redditur, cur conditio lege impossibilis testamento, non etiam contractui adjecta remittatur?* 33. *Conditio propria alia Potestativa, Casualis & Mixta.* 34. *Cui divisioni litem movet Thomasius* 35. *&* 36. *& filium sub conditione mixta heredem institui posse arbitratur.* 37. *Alia de hoc argumento Cocceji doctrina.* 38. *Sed uterque refellitur.* 39. *&* 40. *Conditionis mixtæ à potestativa discrimen probatur, &* 41. *& seqq. Filium nunquam sub conditione mixta heredem institui posse defenditur.* 43. *& seqq. Per plures conclusiones traditur, an, & sub qua conditione filius heres ante Justinianum institui potuerit?* 48. *Conditio, an potestativa, an mixta habenda sit, ab arbitrio judicis pendet: ubi etiam de conditione,* si filius se talem esse probaverit. 49. *& seqq. Pleniùs explicatur sensus* l. ult. ff. de condit. instit. 52. *Quid Justinianus circa hoc argumentum immutaverit?* 53. *Legitima nullam conditionem, nec facilem recipit, & ibi de conditione:* si voluerit. 54. *& seqq. Filio sub conditione* casuali *vel* mixta *instituto testamentum hodiéque in totum vitiatur.* 57. *&* 58. *Argumenta in contrarium refutantur.* 59. *Agitur de testamento Parentum inter liberos, & hujus privilegii ratio assignatur.* 60. *Variæ circa hoc argumentum veterum Imperatorum, nec non* 61. *Justiniani de eo constitutiones recensentur.* 62. *Nepotes hoc testamento an heredes scribi queant?* 63. *An adoptati?* 64. *An filii naturales?* 65. *& seqq. Num etiam hoc testamento extraneo quid legari possit? Variæ de hoc referuntur DD. opiniones.* 67. *& seqq. Quamlibet suis esse obnoxiam difficultatibus ostenditur.* 71. *Securior sententia pro foro commenda-*

datur. 72. Forma hujus teſtamenti interna in quo conſiſtat? 73. An exheredatio in eo fieri poſſit? 74. Conditur vel nuncupativè vel ſcripto. 75. & ſeqq. Requiſita teſtamenti ſcripti plenius expenduntur. 78. An diſpoſitio Parentum privilegiata valeat ex teſtamento vel ab inteſtato? 79. & 80. Quid de teſtamento Parentis imperfecto cenſendum, ſi id perficere non potuit? 81. Hoc teſtamentum, niſi alio teſtamento ſolemniter confecto, rumpi non poteſt. 82. Nuda parentum inter liberos diviſio non eſt cum hoc teſtamento confundenda.

FOrmula liberos inſtituendi nulla certa jure noſtro præ- 1
ſcripta eſt, quæ etiam pauciſſimis verbis abſolvi po-
poteſt *l.1. §.3. 5. & ſeqq. de hered. inſtit.* ubi Ulpianus: *qui neque legaturus quid eſt, neque quemquam exheredaturus, quinque verbis poteſt facere teſtamentum: ut dicat, LUCIUS TITIUS MIHI HERES ESTO. Hæc autem ſcriptura pertinet ad eum, qui non per ſcripturam teſtatur, qui poterit etiam tribus verbis teſtari: ut dicat: LUCIUS TITIUS HERES ESTO; nam & MIHI & TITIUS abundat. Si autem ſic ſcribat, LUCIUS HERES, licèt non adjecerit, ESTO, credimus plus nuncupatum, minùs ſcriptum. Et ſi ita: LUCIUS ESTO, tantundem dicimus. Ergo & ſi ita: LUCIUS ſolummodo. Marcellus non inſubtiliter, non putat hodie hoc procedere. Divus autem Pius, cùm quidam portiones inter heredes diſtribuiſſet ita, ILLE EX PARTE TOTA, ILLE EX TOTA, nec adjeciſſet, HERES ESTO, reſcripſit, valere inſtitutionem. Item Divus Pius reſcripſit: ILLA UXOR MEA ESTO, inſtitutionem valere, licèt deeſſet HERES. Idem Julianus, ILLUM HEREDEM ESSE, non putavit valere; quoniam deeſſet aliquid, ſed & ipſa valebit, ſubaudito JUBEO.*

Sed & Imperatores in *l.7. Cod. de teſtam.* decreverunt, 2
non plenam & imperfectam heredis inſtitutionem per hujusmodi ſubaudita vocabula ſupplendam ac adjuvandam eſſe, quoties ex antecedentibus & ſubſequentibus aliiſque conjecturis apparet, teſtatorem voluiſſe his verbis heredem inſtituere: cùm enim de voluntate teſtatoris conſtat, ea non debet errore ſcribentis ac feſtinatione aliquid omittentis mutilari vel vitiari, quando minus ſcriptum, plus nuncupatum videtur *arg. l.24. cod. eod.* Ad hanc *l.7.* Brunnemann. in *fin.*

Non eſt itaque, inquit, abſolutè dicendum, per unam vocem fieri poſſe inſtitutionem, ſed ſi ſcriptura aliqua reperiatur, ex qua apparet ſcribentem voluiſſe teſtari, tunc demum ex una vel altera voce, licèt ſermo ſit elipticus, colligere licet heredis inſtitutionem. Ex qua lege DD. porro colligunt, quòd, ſi Notarius quædam ſubobſcurè ſcripſit, in eam partem teſtatoris voluntas intelligenda ſit, quæ veroſimilior eſt, de quo pleniùs vid. Mantic. de *conject. ult. vol. lib. 3. tit. 13. num. 3. & ſeqq.* quin etiam duobus teſtibus intellectum & declarationem voluntatis in re planè dubia probari poſſe exploratum eſt Mantic. *eod. tract. lib. 12. tit. 16. num. 2.* Brunnem. ad *d. l. 7.*

3 Pleniùs adhuc Imperator Conſtantinus ſupremis teſtantium voluntatibus cautum eſſe volens in *l. 15. Cod. de teſtam.* in hæc verba reſcripſit: *quoniam indignum eſt, ob inanem obſervationem irritas fieri tabulas & judicia mortuorum: placuit ademptis his: quorum imaginarius uſus eſt, inſtitutioni heredis verborum non eſſe neceſſariam obſervantiam, utrum imperativîs & directîs verbîs fiat, aut inflexîs* (quo ſinè dubio videtur reſpexiſſe, quod Ulpianus in ſuo corpore *tit. 21. Heres*, inquit, *inſtitui rectè poteſt his verbis: Titius heres eſto, Titius ſit, Titium heredem eſſe jubeo. Illa autem inſtitutio, heredem inſtituo, heredem facio, plerisque improbata eſt) nec enim intereſt, ſi dicatur, heredem facio, vel inſtituo, vel volo, vel mando, vel capio, vel eſto, vel erit, ſed quibuslibet confecta ſententiis, vel in quolibet loquendi genere inſtitutio valeat, ſi modò per eam liquebit voluntatis intentio. In poſtremis ergo Judiciis ordinandis amota erit ſolennium verborum neceſſitas, ut qui facultates proprias cupiunt ordinare, quibuscunque verbis uti liberam habeant facultatem.* Conſtat igitur, liberos quibuscunque verbis inſtitui poſſe, aptis tamen & idoneis ad exprimendum inſtitutionis titulum, qui toties colligitur, quoties verba ejusmodi concepta ſunt, ut, qui inſtituti dicuntur, immediatè hereditatem ex manibus defuncti ſinè intermedia alterius heredis vel legatarii perſona capiant.

So-

Solent autem communiter DD. triplicis generis verba 4
diſtinguere, quibus legitima portio liberis debita à parentibus relinqui poteſt. Quædam vocant directa, videlicet, quæ ad ipſos liberos directa ſunt, atque inſtitutionem heredis apertè præſeferunt. Quædam obliqua ſeu precativa, cùm ab aliis quid liberis præſtandum relinquitur. Alia denique communia, quæ tam ad directam, quàm obliquam inſtitutionem trahi poſſunt, & utramque habere ſignificationem, vel quod quis de manu teſtatoris accipiat, vel de manu alterius. Eſt autem ferè hæc concors DD. opinio, ut ſi verbis communibus legitima liberis data fuerit, ea titulo inſtitutionis cenſeatur relicta, prout id allegatorum DD. cumulo per extenſum probat Berlich. *part. 3. concluſ. 15. à num. 25.* Manz. de *teſtam. valid. tit. 12. quæſt. 14. num. 9. & ſeqq.* Stryck. de *caut. teſtam. cap. 17. memb. 1. §. 30.* ita quidem, ut, ſi non integra legitima hoc modo relicta fuiſſet, liberi haud teſtamentum impugnare, ſed ſaltem ad ſupplementum agere poſſent Richter *part. 1. deciſ. 40. num. 7.* Ratio autem prioris eſt, quòd in dubio verba ita ſemper accipienda ſint, ut voluntas exitum habere poſſit *l. 10. princ. ff. de inoff. teſtam.* Verba autem communia plerumque hæc à memoratis DD. recenſentur: *Perveniat, pertineat, habeat, permaneat, redeat, ſuccedat, devolvatur, accreſcat,* ſollbenen Kinderen verbleiben oder anſterben.

Præcipuè autem de verbis *relinquo* & *lego*, anxiè Inter- 5
pretes diſceptant, an pro verbis obliquis, an cõmunibus habenda, ita ut per hæc verba legitima liberis relicta, titulo Inſtitutionis data, & adeò ſubſtantiæ teſtamenti ſatisfactum eſſe videatur? Communiter diſtingui ſolet, num per verbum *relinquo* aut *lego* certa aliqua quantitas vel alia ſpecies ſingularis, num univerſitas bonorum data ſit? in priori caſu rurſus intereſſe volunt, num certa illa bona ſimpliciter liberis relicta, an cum expreſſa legitimæ mentione? ſi ſimpliciter, liberi in ea non cenſentur inſtituti, quoniam to *relinquo* certæ rei adjectum non inducit titulum inſtitutionis *arg. l. 16. §. 2. ff. ad SC. Trebell. Novell. 115. cap. 3. in fin.* ibi: *ſi verò contigerit*

quæ-

quædam legata relinqui &c. nisi testator usus fuisset clausulâ, *omni meliore modo, via & forma.* vel insuper, id legitimæ loco datum fuisse expressum sit: tametsi enim tum verba heredis institutionem palam præseferentia defuerint, legandi vel instituendi verbum saltem in his personis, quæ salvis testamenti tabulis præteriri nequeunt, pro institutione habendum; ne alioquin, ùt inquit Voët. ad *Pandect. tit. de inoff. testament.* verbis magis, quàm rebus jura videantur scripta esse: namquod ex necessitate alicui relinquitur, intelligitur relictum eo modo, quo relinqui debuit; quia intrinseca solennitas adhibita fuisse semper præsumitur *§. item verborum 11. Inst. de inut. stipul. l. 14. Cod. de contr. & committend. stip.* Quòd si enim testamentum aliàs valet, quando filii instituti sunt in re certa, etiam sustineri debet, si legitima in similibus rebus relicta fuerit; quia legitimam relinquere idem est ac instituere; institutus autem in legitima, si non actualirer, saltem virtualiter successor universalis propter jus accrescendi, ùt suo loco tradetur, dici potest. Denique si hæc verba universitati bonorum adjecta sint, sive hæc bona tanquam legitimam relinquere pater dixerit, sive non, plerique volunt per illa heredis titulum importari *arg. l. 24. ff. de testam. milit. l. 120. ff. de V.S.*

6 Verùm, quæ hactenus per varias distinctiones ex communiori DD. sententia retulimus, non usque adeò certa, & ad amussim *Nov. 115. cap. 3.* expensa semper tuta sunt. Cùm enim ibi disertè statuat Imperator, haud sufficere legitimam quovis modo liberis relinqui; sed ut id fiat titulo institutionis, insuper requiri, quem vanum foret exigere, si is ex sola legitimæ mentione præsumeretur; sanè necesse est, ut verba ipsa ejusmodi concepta sint, quæ ex sua naturali potestate, & communi legum interpretatione heredis institutionem loquantur. Neque hìc præsumptioni ulli locus esse poterit, ubi leges apertè heredis titulum exprimi desiderant. Præterea notum est, non modò res singulares, sed & bonorum universitatem *legari* aut *relinqui* posse *l. 39. ff. de vulg. & pupill. substit. l. 23. ff. de leg. 1. l. 76. §. 1. ff. de leg. 2.* verbis non tantùm

per

per ſinendi, aut damnationis modum ad heredem, ſed etiam ad ipſum legatarium per vindicationem aut per præceptionem directis §. *ſed olim 2. Inſt. de leg.* Nec tamen quis inde jure intulerit, legatarium heredem & juris ſucceſſorem eſſe, in quem actiones directè & paſſivè tranſeant. Quamquam nec id facilè quis inficias iverit, quin aliquando verbum *relinquo* & *lego* ex aliis urgentibus circumſtantiis, veluti ſi nullus alius heres inſtitutus, pro heredis inſtitutione capiendum ſit *arg. l. 120. ff. de V.S.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 141. num. 14.* Stryck. *de caut. teſtam. cap. 16. §. 17.* Quoties enim apparet, teſtatorem heredem aliquem facere voluiſſe, voluntas ejus ſervanda eſt, licèt impropriis verbis uſus fuiſſet. Confer Menoch. *cit. loc.* ubi, ſi teſtator ſcripſiſſet, *relinquo uxorem dominam meorum bonorum, vel relinquo alicui uſumfr. bonorum meorum*, nullo alio coherede dato, ne nulla reddatur teſtatoris diſpoſitio, & appareat teſtamentum eum facere voluiſſe, dicendum eſſe exiſtimat, verbum *relinquo* ad heredis inſtitutionem trahendum eſſe; ſecùs eſſe putans, ſi illud adjectum ſit certæ rei in extraneo, cui teſtator nihil relinquere tenebatur, etiamſi alius heres inſtitutus non foret *lib. 4. præſumpt. 20. num. 4.*

In tanta varietate opinionum ſtrictíque juris cum benigna ſummorum virorum confligentis interpretatione nemo nos hìc medios arbitros ſtatuat, aut ſententiam decretoriam à nobis expoſcat, qui neque cum adſtrictioris doctrinæ Magiſtris voluntates defunctorum facilè ſubvertere, neque etiam cum quibusdam legitimæ relinquendæ modum adeò laxare, atque omnem *Nov. 115. cap. 3.* vim detrahere in animum induximus. Hæc tamen velut conciliationis media non putamus eſſe ſpernenda: I. ut, ſi teſtator legitimam his, quibus ea inſtitutionis titulô debetur, hujusmodi verbis reliquerit, quæ populari ſignificatu ac plurimorum DD. interpretatione in vim inſtitutionis valent, minimè hærendum ſit, quin legitima rectè data intelligatur; nec jam tum amplius verbi alicujus poteſtas ex ſenſu, qui aliquando in legibus Romani juris fuit, ſed qualis hodie ex uſu & frequentiori hominum ac- 7

ceptione obtinet, petenda eſt. Si enim eosdem juris effectus, easdémque prærogativas, ob quas Imperator *in Nov. 115.* liberos inſtitutionis titulô honorari voluit, hodie quibusdam vocibus tribuimus, menti Legislatoris ſatisfactum, nec opus eſt, ut verba etiam apertè heredis titulum præſeferant, ne aliàs id conſectaneum foret, leges magis verbis, quàm rebus ſcriptas fuiſſe.

§ II. Ut ſi clauſula *omni meliori modo :* teſtamento appoſita fuerit, tum verbi etiam dubii mitior interpretatio facienda, ídque ad heredis inſtitutionem trahendum eſt: cùm enim teſtator legitimam liberis ſuis portionem dando, hactenus præſcripto legum ſatisfecerit, credibile eſt, illum quoque ea mente ac forma relicturum fuiſſe, qua leges id ad valorem teſtamenti fieri volucre *l. ult. Cod. de neceſſ. ſerv. hered. inſtit.* Verùm cùm non peræquè omnes teſtatores apices juris caleant, atque ut ea portio expreſſo heredis titulo relinquatur, intelligant (nam eum ſinè dubio eâdem operâ expreſſiſſent) hinc haud aliter animati, quàm fuit teſtator ille in *l. penult. §. ult. ff. de leg. 2.* ſolent ad communienda judicia ſua clauſulam, quòd *ſi quid minùs aliquid legitimè minúsve peritè ſcriptum fuerit, id omni meliori modo ac forma exaudiri, & ſani hominis voluntas pro jure legitimo haberi debeat*, apponere. Et quoniam III. favore ultimarum voluntatum *in l. 10. princ. ff. de inoff. teſtam.* cautum eſt, ut in dubio teſtamenti valore contrariisque judicantium ſententiis eam partem ſequamur, quæ pro teſtamento conſiſtit, ea quoque hìc, ſi teſtator verbis communibus uſus fuerit, interpretatio verborum capienda erit, per quæ ex plurimorum virorum ſuffragiis, ejusmodi verba ad directam heredis inſtitutionem referentibus, teſtamentum ſuſtinetur. Cæterùm, utì hoc caſu tutiſſimum eſt, ambiguis verbis teſtatorem abſtinere, ac claro perſpicuóque titulo inſtitutionis honorare eos, quos leges volunt inſtitui, ita quoque verbis Coraſii apud Stryck. *cit. loco. §. 30.* judices monendi, ut in naturam horum verborum non adeò ſcrupulosè inquirant, ſed potiùs mentem teſtantium inſpiciant: cùm plerumque con-

tin-

tingat, ut Notariorum aut aliorum teſtamenta ſcribentium incuria aut inſcitia, quam teſtatori, præcipuè harum ſolennitatum ignaro, aut heredibus obeſſe durum eſt, hujusmodi ambiguitates committantur. Et hæc hactenùs, ſi verbis communibus legitima relicta fuerit.

9 Quòdſi autem manifeſtè titulus particularis legati aut fideicommiſſi appareat, veluti ſi teſtator obliquis precativísque verbis uſus fuerit, & quæ ſonant in id, ut quis legitimam de manu alterius accipiat v. g. *mando*, *rogo heredem*, *ut liberis meis hæc vel illa bona legitimæ nomine exſolvat*, *tradat*, intrepidè dicendum, liberos minimè inſtitutionis titulô honoratos, ac ob id teſtamentum ob defectum præteritionis ſubſiſtere haud poſſe: cùm enim titulus inſtitutionis directæ, quâ legitima relinquenda eſt, ita comparatus eſſe debeat, ut liberi in ſua portione immediatè teſtatori ſuccedant, eandémque velut ex defuncti manibus, nullo alio herede intermediante accipiant, hujusmodi verba minimè heredis inſtitutioni convenire poſſunt. Carpz. *part. 3. conſt. 9. def. 1.* Stryck. *d. §. 30.*

10 Verùm altioris quæſiti eſt, an non hoc caſu, ſi teſtamentum clauſulam contineat, per quam teſtator verba ſua *omni meliori modo* intelligi voluit, tacitè ac virtualiter ex mente teſtatoris liberi in legitima inſtituti cenſendi ſint, perinde ac ſi teſtator ſcripſiſſet, liberis heres meus, quam titulô inſtitutionis eis relinquo, legitimam exſolvat? Affirmativam poſt Baldum in *l. quoties 13. Cod. de hered. inſtituen.* propugnat Bertazzol. *conſult. lib. 1. conſil. 5.* Marſil. *ſing. 36.* Fachin. *lib. 4. controv. cap. 24.* Magnif. P. Franciſc. Schmier *l. 3. Tract. 4. cap. 1. num. 301.* cum pluribus citatis. I. Quòd ex hujus clauſulæ adjectione maximè de ſeria & enixa teſtandi voluntate appareat, eò quòd teſtator omni meliori modo voluit valere teſtamentum, quo valere poteſt, atque adeò hæc clauſula non modò dubia, utì diximus, inſtitutionis verba adjuvat, ſed etiam in his, qui ad valorem teſtamenti neceſſariò inſtituendi erant, ſi quid eis fortè titulô ſingulari v. g. legati relictum ſit, inſtitutionem heredis importat, & teſtamentum, quoad us-

que fieri id commoda interpretatione & obliquatione verborum poteſt, in ſuo robore conſervat; denique tandem ſubſidiariè in vim codicilli & fidecommiſſi inflectit. Idque II. eò magìs admittendum, quòd hodie poſt *l. 15. Cod. de teſtam.* quibuscunque verbis heredis inſtitutio fieri poſſit, ſi modò de animo heredem inſtituendi appareat; cùm ergo vi hujus clauſulæ quisque teſtamentum ſuum maximè ſuſtinere cupiat, cenſetur quoque eum inſtitutionis titulô honorâſſe, quem ſalvis tabulîs præterire non poterat. Cui III. accedit reſcriptum Imperatoris in *l. 7. Cod. eod.* ubi, ſi errore ſcribentis, teſtamentô cæteroquin ſolenniter conditô, omiſſum fuerit, *heres eſto*, ſi tamen aliàs appareat, quem ſibi bonorum ſucceſſorem teſtator deſignaverit, inſtitutio ùt valida defenditur; idem ergo in caſu propoſito ob enixè præſumptam inſtituendi voluntatem dicendum erit. Præterea IV. tacita quoque heredis inſtitutio valet, quæ ex verborum conſequentia colligitur, qualis caſus refertur in *l. ult. Cod. de hered. inſtit.* & ibi apud Mantic. de *conject. ult. volunt. lib. 4. tit. 1.* notat Baldus, quòd, quando expreſſum ſequitur tacitum, intelligatur expreſſum, & tacita inſtitutio, quæ ex verbis reſultat, habeatur pro expreſſa. Quidquod V. interdum etiam filius à lege ex conjectura voluntatis tacitè in teſtamento intelligatur inſtitutus ad hoc, ut teſtamentum ſubſiſtat *l. 3. Cod. de inoff. teſtam.* Denique communiter ad *l. 25. §. 1. ff. de lib. & poſth. hered. inſtit.* advertunt DD. formam teſtamenti impleri, etiamſi quis tacitè videatur inſtitutus.

11 Negantium partes tuentur Berlich. *part. 3. concl. 15. n. 59.* Covarr. *ad cap. Raynutius 16. de teſtam. §. 1. num. 4. in princ. & num. 8. circa fin.* Manz. *de teſtam. valid. tit. 12. num. 9. & 22.* I. quòd hæc clauſula tunc demum aliquid operetur, quando deficit ſolennitas juris externa, v. g. ſolennis teſtium numerus, ſubſcriptio, ſigilla &c. ob quod teſtamentum, quod ut tale conſiſtere nequit, in vim codicilli per clauſulam inflectitur: verùm defectum internæ formæ, qualis eſt præteritio illius, qui ad ſubſtantiam teſtamenti neceſſariò inſtituendus erat,

non

non ſupplet, nec hactenùs prodeſt, ut, quod diſertis verbis titulô particulari relictum eſt, id titulô inſtitutionis datum eſſe intelligatur, & diſpoſitio, quæ aliàs ob defectum prætéritionis vi teſtamenti valere nequit, per hanc clauſulam ad dignitatem teſtamenti ſubvehatur contra *l. 10. ff. de jure Codicill.* II. In *Nov. 115. cap. 3.* diſertè cautum eſt, ut in legitima portione liberi heredes inſtituantur, nec ſufficiat, eam vel per legatum vel alio quovis particulari titulo relictam eſſe: cùm ergo in caſu propoſito titulus legati manifeſtus appareat, præſcripto Novellæ minimè ſatisfactum, nec tum titulus inſtitutionis ex clauſula præſumi poteſt, ubi is apertè prætermiſſus eſt: quia aliàs id abſurdi ſequeretur, ut plus operetur voluntas tacita, aut præſumpta, quàm conceptîs verbîs expreſſa, ac legitima nunquam non contra apertum *Nov. 115.* tenorem quocunque titulo relinqui poſſit; quoniam hodie vix ullum teſtamentum reperitur, in quo non ejusmodi clauſula appoſita deprehendatur. Hæcque ſententia III. validiſſimè confirmatur, quòd in illis actibus, in quibus ultra voluntatem requiritur diſpoſitio expreſſa & ſolemnis tanquam forma, non ita facilè ſubaudiri poſſit, illud factum eſſe, quod factum non fuit. Unde fluit, quòd, ùt mox infra dicetur, vulgaris ſubſtitutio, quæ eſt quoddam conſequens, non inducat inſtitutionem, quæ eſt antecedens, quando non ſervatur forma requiſita in antecedenti, qualis hìc eſt, ut filius heres verbis expreſſis ac palam inſtituatur *arg. l. 46. ff. de hered. inſtit. l. 21. ff. qui teſtam. fac. l. 29. Cod. de teſtam.* Inde quoque fluit, quod dicitur, verba conditionata & negativa, quamquam ex iis voluntas tacitè inſtituentis colligi poſſit, tamen ad heredis inſtitutionem non valere *l. 19. ff. de hered. inſtit.* quoniam leges eam expreſsè & formaliter fieri deſiderant. Unde non ſufficit, quòd teſtator voluerit inſtituere, niſi etiam inſtituat *l. 9. princ. l. 46. ff. de hered. inſtit.* nam ex conjectura nemo propriè heres ſcriptus intelligitur, nec poteſt forma inſtitutionis tacitè impleri per æquipollens Mantic. *cit. loco. num. 26.* Et apertiſſimè huc facit *l. 82. ff. de hered. inſtit.* ubi herede ea conditione ſcripto,

si legitimi hereditatem vindicare noluerint, dubium haud est, quin hi hereditatem petentes, non obstante testatoris voluntate in testamento expressa, non ex testamento, sed ab intestato succedant *arg. l. 8. §. 1. ff. de jure Codicill.*

12 Fatemur utramque sententiam suis constare momentis; & utì hanc vel illam sectanti deesse non potest, quo argumentorum contrariorum vim vel infringat, vel eludat, ita non dissimulamus, posteriorem in rigore juris expensam tutiorem nobis videri, quam etiam consulendo aliquando secuti sumus. Verùm cùm & prior sua non careat probabilitate, & præ altera æquitatis specie blandiatur, nulli judicum intercedimus, quin eam judicando sequatur, testatori verò præbemus consilium, ut ne is in hoc opinionum lubrico facilè testamentum periculo nullitatis reddat obnoxium, sed liberos suos, quibus debitam legibus portionem destinat, non ambiguis verbis heredes instituat.

13 Verùm rogas, quæ illa æquitatis species, quæ posteriorem præ altera commendet? hanc in sequentis facti contingentia cape. Uxor heredem scripsit maritum, eúmque patri suo (cujus idem ac filii jus esse nunc ponimus) nihilo plus, quàm legitimam exsolvere jusserat. Pater se præteritum querens adit judicem; pronuntiatur testamentum defectu necessariæ institutionis laborare, & adeo nullum esse. Heres scriptus testamentô jam destitutus ad supremam codicillaris clausulæ anchoram confugiens cæpit tanquam è codicillis fideicommissariam hereditatem petere; sed pater ab intestato heres etiam hanc se debere negavit, quòd in *l. ult. princ. §. 1. & 2. Cod. de Codicill.* cautum esset, ut, qui perfrictè valorem testamenti defendens ex eo, neglectô alternativæ petitionis beneficiô, de quo vid. Sichard. *ad cit. l. ult.* simpliciter directam hereditatem persecutus est, posteà ampliùs variare, & ex codicillis, quasi ab intestato, fideicommissum petere minimè permittatur, nisi sit ex liberis, parentibus, aut cognatis usque ad tertium gradum. In qua constitutione uti meritò cum Brunnem. *ad d. l. ult.* accuratam juris rationem, & amicam legi-

bus

bus ſimplicitatem deſideres, confer textus in *l. 19. ff. de inoff. teſt. l. 17. ff. de acquir. vel amitt. hered.* ita ſanè ab æquitate abhorrere nemo non intelliget, ut hoc in caſu heres ſcriptus ſolo inſtitutionis expreſſioris defectu neglectáque alternantis libelli formulâ adversùs tam enixam teſtantis voluntatem utraque & directa & fideicommiſſaria hereditate excideret. Quod utique in altera ſententia, quæ ex voluntate defuncti per clauſulam *omni meliori modo* ſatis manifeſtata, verba legati titulum præferentia pro heredis inſtitutione interpretatur, minimè foret conſectaneum. De hujus clauſulæ effectu pleniùs vid. Stryck. *cit. loc. cap. 17. §. 23.*

Quæ liberos in legitima inſtituendi neceſſitas minimè 14
quoque in teſtamento patris inter liberos remiſſa videri poteſt, eò quòd in *Nov. 107. cap. 1.* nec non *Nov. 115. cap. 3.* generaliter deciſum ſit, legitimam liberis abruptè heredis titulo relinquendam eſſe. Tametſi enim hoc teſtamentum in *l. 21. §. 1. Cod. de teſtam.* ab obſervantia ſolennitatum, quæ jure civili aliàs deſiderantur, abſolutum ſit, id tamen de externa ſaltem ſolennitatum pompa, cujusmodi eſt numerus teſtium, eorundem ſubſcriptio, ac ſubſignatio, & id genus aliis apparatibus, non de ipſa inſtitutione liberorum, quæ non minùs ad eorundem exiſtimationem & honorem, quàm ad eorum utilitatem introducta eſt, intelligendum, nec diſpoſitio *l. 21. §. 1.* ad eorundem diſpendium detorquenda eſt. Neque huic ſententiæ obeſſe poteſt, quòd à plerisque apud Berlich. *cit. concluſ. num. 17.* Covarr. ad *cap. Raynutius de teſtam. §. 1. num. 2.* traditum eſt, clauſulam omni meliori modo in ejusmodi teſtamento ſubintellectam cenſeri, præterquam enim, quòd id non usque adeò liquidum, & à non paucis quoque apud Fachin. *l. 4. controv. cap. 24.* reprobatum ſit, tum id, ùt vult Berlich. alio effectu admitti haud poteſt, quàm quà ea clauſula liberis utilis & proficua foret, non quà vergeret in eorundem detrimentum. De quo nos infra ſuo loco pleniùs.

Id unum ex Gail. *lib. 2. obſerv. 116. num. 7.* adnotamus, di- 15
viſionem in teſtamento patris inter liberos factam inſtitutionis titulo habendam eſſe, ſcilicet, cùm ea per partes hereditа-

tarias facta eſt, veluti quòd uni liberorum quarta, alteri tertia hereditatis pars aſſignata ſit; quia non omnis teſtator, ùt notat Gloſſa *ad l. quoties 10. Cod. famil. erciſc.* ſcit dicere: heredem inſtituo. Quòdſi verò diviſio de rebus particularibus facta fuerit, verbum *divido* vel *aſſigno*, heredis inſtitutionem non ſignificat, ſed erit ſimplex relictum particulare & codicillus ab inteſtato; eò quòd heredis inſtitutione careat, & ſic filii ex voluntate patris ſuccedent in rebus ſibi aſſignatis *arg. l. 26. Cod. eod.*

16 Acriùs diſputatur, num in teſtamento ad pias cauſas conditio liberi neceſſariò in legitima inſtituendi ſint? Ajentes, inter quos eſt Fachin. *d. cap. 24.* Berlich. *cit. concluſ. 15. num. 21.* Stryck. de *cautel. teſtam. cap. 17. memb. 1. §. 29.* adducunt I. *cap. ſi pater 1. de teſtam. in 6.* ubi pater, qui pauperes inſtituerat, filium nihilominùs in re certa heredem ſcripſit. II. Quòd neceſſitas inſtituendi liberos ſit in favorem, honorem & utilitatem eorum introducta: favor autem piæ cauſæ non debet juri liberorum præjudicare *auth. ſi qua mulier Cod. de SS. Eccleſ. cap. ult. c. 14. q. 4.* Unde quod dicitur, teſtamentum ad pias cauſas à ſolennitatibus civilibus exemptum eſſe, id de externis ſolùm, non illis intelligendum eſt, quæ in favorem liberorum cautæ ſunt *arg. cap. 11. de teſtam.* Atque hanc ſententiam in puncto juris veriorem & tutiorem pronuntiat *cit.* Stryck. Carpz. *part. 3. conſt. 9. def. 1.*

17 Verùm contrariam cum Suarez. *commun. opinion. lit. L. num. 28.* Jul. Clar. *§. teſtament. q. 6. num. 8.* ſectantes allegant, quòd teſtamentum ad pias cauſas ſeu ex canonica diſpoſitione, ſive receptis Germaniæ moribus ab omnibus ſolennitatibus diſpenſatum ſit, ejúsque forma unicè ex ſimplicitate juris naturalis æſtimetur; cùm ergo, ut liberi in legitima inſtituantur, merum ſit civilis juris inſtitutum, quod in teſtamentis ad pias cauſas non agnoſcitur, atque idem effectu liberi conſequantur, ſive legati vel inſtitutionis titulô legitimam habeant, dicendum videtur, eam heredis titulô in hujusmodi teſtamento liberis non eſſe relinquendam. Neque hactenus

nus ullum liberorum, fortè propter jus accreſcendi, quod heredis titulo aſſidet, præjudicium metuendum eſt. Quoniam pia cauſa vel ſola vel cum alio heres inſtituta eſt? ſi ſola, aliàs ad liberos ab inteſtato ceu deſertô teſtamentô hereditas devolvitur: ſi alius piæ cauſæ coheres adjunctus ſit, & liberis res ſingularis pro legitima etiam heredis titulô fuerit aſſignata, tum rurſus ille portionem piæ cauſæ deficientis jure accreſcendi capiet, liberis penitùs exclusîs; quoniam ii, quamdiu adeſt heres univerſalis, legatariorum vice habentur *l. 13. Cod. de hered. inſtit.* ut adeò reverà nullum, quod intelligi poteſt, liberorum præjudicium appareat, ſive legati vel heredis titulô in re ſingulari legitimam obtineant. Sed pone contrà legitimâ liberis legatâ heredem piam cauſam ſcriptam eſſe: æquúmne cenſeri poteſt, ut ex priori ſententia ſubverſa heredis inſtitutione liberi ab inteſtato integra potiantur hereditate, piáque cauſa ex mera juris civilis diſpoſitione per *Nov. 115. cap. 3.* omni inſtitutionis commodo exuatur? Quod ſanè fieri neceſſum eſt, ſi clauſula codicillari (nam & hanc cum quibusdam tacitè ſubintellectam dicere periculoſum eſt) hujusmodi teſtamentum careat. Sola igitur, quam liberi prætexere poſſint, ſupereſt reputatio tituli, cujus an tanta noſtris præſertim Germaniæ moribus habenda ſit ratio, ut propterea pia cauſa omni hereditate excidat, in medio deſtituimus, atque arbitrio lectoris prudentis committimus. Monitum Papiniani eſt in *l. 43. ff. de religioſ. & ſumpt. funer. ſtrictam rationem in ambiguis religionum quæſtionibus inſuper habendam eſſe; nam ſumma eſt ratio, quæ pro religione facit.* Confer Andr. Tyraquell. *tract. de privileg. piæ cauſæ.*

Prætereà ad Inſtitutionis formam requiritur, ut liberi 18
diſertis & affirmativis verbis inſtituantur, non negativis vel privativis; unde ſi quis filium exheredet, ſi intra annum non redierit, haud eapropter is inſtitutus dici poteſt, ſi intra definitum tempus revertatur: quoniam, ùt ajunt, ex diſpoſitionibus privativis non reſultat habitus, & ex negativa non inducitur affirmativa *l. 19. ff. de hered. inſtitut.* Melior ratio eſt,

quòd, ubi leges pro forma actum aliquem expreſſis verbis celebrari deſiderant, ſola voluntas tacita & per conſequentiam inducta haud ſufficiat. Huic porro conſequens eſt, quod dicitur, liberos in conditione poſitos non cenſeri vocatos, & ſic pro præteritis haberi. Ratio eſt, quia conditio nec quidquam ponit, aut definit circa ea, quæ conditione continentur, adeóque nec jus ullum perſonis attribuit, quæ in conditione poſitæ ſunt, ſed tantùm ſuſpendit actum, cui apponitur. Id quoque non uno juris loco expreſſum eſt. Sic in *l. 16. §. fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* teſtamentum, in quo pater alium heredem inſtituit, ſi ſe vivo filius moriatur, valere negatur; quia filius in eo præteritus eſt. In *l. 19. ff. de hered. inſtit.* ſubſtitutus alteri ſub conditione poſito, non tamen expreſsè inſtituto, dicitur vocatus in partem, quæ nulla eſt; quòd ille, cui ſubſtitutio facta eſt, non cenſeatur per conditionem inſtitutus. Similiter ſi quis heres inſtitutus ſub conditione Titio dandi decem, omiſſa teſtamenti cauſa ab inteſtato hereditatem poſſideat, negat JCtus in *l. 8. ff. ſi quis omiſſa cauſa &c.* Titio, in cujus perſonam conditio collata eſt, eſſe ſubveniendum; quia is perhoc legatarius non efficitur: nec ſi quis ita leget, ſi penum intra calendas non dederit, 10. dato, penus cenſetur legata, ſed 10. ſub conditione, ante cujus eventum, ſi legatarius moriatur, nihil ad heredes transmittitur. In *l. Gallus 29. §. 10. ff. b. t.* his omnibus caſibus, quibus filio, ſi is vivo patre decedat, ſubſtituitur, neceſſariò exigitur, ut præcedat filii inſtitutio. Vanè diſputâſſet JCtus in *l. 2. §. 4. & ſeqq. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.* num pater converſo ſcripturæ ordine ſibi & filio ſuo impuberi teſtamentum facere poſſit hac aut ſimili formula: ſi filius meus impubes deceſſerit, Sejus heres eſto, filius meus heres eſto: nam ſi filius in conditione poſitus hoc ipſo jam inſtitutus ſit, ſuperflua tunc foret expreſſæ inſtitutionis mentio, vanáque de converſo ordine diſputatio. Facit denique *l. 1. Cod. de pact. l. 11. Cod. de trans.* ubi gravatus reſtituere ſub conditione, ſi ſinè liberis &c. licitè alienat, quod fieri non poſſet, ſi liberi forent

ſub-

ſtituti, & ad illas res, quarum intuitu in conditione poſiti ſunt, à teſtatore vocati. *l.3. §.2. & auth. res, quæ Cod. Commun. de leg.* geminum vide in *l.114. §.13. ff. de leg.1.*

Nec huic ſententiæ obſtat, quod in variis juris textibus 19
l.9. l.37. ff. de hered. inſtit. l. 29. princ. & §§. ſeqq. ff. de liberis & poſth. l.41. in fin. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. formulæ occurrant, quibus liberi, qui heredes futuri ſunt, tantùm in conditione cernuntur poſiti, nec ulteriùs inſtituti: in his enim & ſimilibus aliis locis ideò plena inſtitutionis & ſubſtitutionis formula non exprimitur; quia JCti ibi circa explicationem unius ſaltem partis occupati erant, unde, quam ſuppoſuêre, expreſſam inſtitutionis mentionem prætermiſerant, tanquam ad propoſitam tunc ſibi quæſtionem parùm facientem. Similiter quod in *l.85. ff. de hered. inſtit.* fratre inſtituto, & ſi ſinè liberis deceſſerit, alio ei ſubſtituto dicitur, liberos fratris ſubſtituto prælatos eſſe, non ſic accipiendum eſt, quaſi eos prætuliſſet, velut ex teſtamento vocatos & inſtitutos, ſed tanquam excluſuros ſubſtitutum per defectum conditionis, ex qua ſubſtitutio ſuſpenſa erat; quoniam iis natis noluit gravare fratrem; quemadmodum ſi quis extraneum ea conditione heredem inſtituat, ſi legitimi heredes hereditatem vindicare noluerint, dubium haud eſt, quin legitimi hereditatem petentes non ex teſtamento, ſed ab inteſtato ſuccedant, dum hereditatem vindicando efficiunt, ut conditio inſtitutionis corruat, adeóque teſtamentum evacuetur *l.82. ff. de hered. inſtit.*

Videtur adhuc in contrarium vehementer urgere, quod 20
Ulpianus in *l.3. §.14. de bonis libert.* *Si libertus*, ait, *patronum ſuum ita heredem ſcripſerit: SI FILIUS MEUS ME VIVO MORIETUR, PATRONUS HERES ESTO, non malè videtur teſtatus: nam ſi deceſſerit filius, poterit hic exiſtente conditione, accipere bonorum poſſeſſionem.* Duplex ad hunc textum reſponſio occurrit. I. Quòd ibi non dicatur, libertum non fuiſſe malè teſtatum, quia filius intelligitur tacitè heres inſtitutus, ſed quia præteritio filii, vivo adhuc patre decedentis, in ea facti ſpecie ideo non vitiat teſtamentum; quoniam reperitur in

eo patronus inſtitutus, qui quidem, defunctô filiô vel alia ratione excluſo, liberto ſuo ab inteſtato ſuccedit §. *ſed noſtra conſtitutio 3. verſ. ſin autem Inſt. de ſucceſſ. libert.* nam etſi quidem ex rigore juris civilis teſtamentum hoc ex vitio præteritionis nullum ſit, ut nemo ex eo heres poſſit exiſtere, prætor tamen id ex æquitate ſuſtinet per bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas, cùm filius præteritus vivo adhuc teſtatore deceſſerit, atque is fuerit inſtitutus, qui eo remoto ab inteſtato fuiſſet ſucceſſurus *l. 12. in fin. princ. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſtam.* Dein II. ùt ſuprà dictum, inſtitutio filii explicita, ſi ea in aliqua lege non exprimatur, ſæpè ex aliis textibus, eam diſertè requirentibus, ſuppletur, & præſupponitur *arg. l. 29. §. 10. ff. de liber. & poſthum.*

21 Monet tamen Voët. ad *Pandect. h. t. num. 10.* dari poſſe caſus, quibus etiam in conditione poſiti ex teſtamento vocati cenſeri debeant, veluti ſi hos tales onere aliquo v. g. legati, aut fideicommiſſi teſtator gravârit; cùm gravari nequeat, niſi priùs honoratus, ut adeò ex voluntate conſequentis quoque antecedens voluiſſe intelligatur. Sed de hujus limitationis veritate vide nos ſupra *num. 11.* & Mantic. *de conject. ult. volunt. l. 4. tit. 1. num. 15. 16. & 31. junct. l. 19. & 65. ff. de hered. inſtit.* Item ſi in præfatione teſtamenti, aut alia ejus parte quis declaraverit, vel etiam coram teſtibus expreſſerit, ſe in animo habere, certis, quas tum nominavit, perſonis teſtamento ſuo conſulere, ex quo teſtatoris mens præſumenda eſt, ſe eos per hoc, quòd in conditione poſuerit, quoque teſtamento honorâſſe, hoc eſt, vel in-vel ſubſtituiſſe.

22 Ex priori aſſertione cum Bach. ad Treut. *volum. 2. diſp. 11. theſ. 3. lit. D.* rectè concludes, quòd quis ſub hac conditione, *ſi ſinè liberis deceſſerit*, alteri reſtituere hereditatem gravatus, ipſis quoque liberis minimè fideicommiſſo obſtrictus ſit; quia conditio in hoc caſu nihil aliud eſt, quàm privatio, ideò adſcripta, ut exiſtens faciat deficere fideicommiſſum, non ut novo fideicommiſſo heredem illiget: cujus ulteriorem rationem Coccejus *Jur. contr. lib. 28, tit. 6. q. 19.* ſequentem in mo-

dum

dum reddit: aliud, inquit, eſt conditio, aliud diſpoſitio. *Conditio* conſiſtit in caſu futuro incerto; *diſpoſitio* eſt voluntatis noſtræ, quid fieri velimus, declaratio. Hæc ſola jus facit ex voluntate teſtatoris. Illa verò in caſu conſiſtit, qui poteſt non exiſtere. Qui proinde ait: *ſi ſinè liberis deceſſerit*, non diſponit, ut liberi veniant, vel non veniant. Igitur non magìs in diſpoſitione liberi erunt, quàm navis in caſu, quo ſubſtituitur heredi, *ſi navis ex aſia venerit.* Et aliàs ſi teſtator Cajo in caſum, *ſi Titius ſinè liberis deceſſerit*, ſubſtituit, ille Titius ejusque liberi, qui ſunt in conditione, erunt quoque in diſpoſitione; cùm tamen eos à teſtatore ad hereditatem vocatos eſſe nemo facilè aſſeruerit. Quò faciunt *l.1. Cod. de pact. l.17. §.5. ff. ad SCt. Trebell. l.6. Cod. eod. l.6. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* Neque dicas ex *l.74. princ. ff. ad SCt. Trebell.* cùm quis mandâſſet filiæ, *ne teſtaretur donec liberi ei ſint*, tacitum fideicommiſſum admitti: nam redetur, textum huc non pertinere: nec enim ibi aſſeritur, quòd fideicommiſſum liberis debeatur, ſed fratri: & tantum igitur abeſt, ut liberis ibi fideicommiſſo mater obnoxia dicatur, ut etiam propter liberos de bonis ſibi relictis liberè teſtari & diſponere poſſit. Quòd ſi verò teſtator dixiſſet: *mando tibi, ne teſteris, quamdiu tibi liberi ſunt*, tum his verbis ſat apertè voluntas fideicommittentis reſpectu liberorum à teſtatore expreſſa eſt, ùt in caſu *d. l.74. reſpectu fratris.* Et quanquam aliqui apud Bachov. *cit. loco* intereſſe velint, num teſtator liberos, an extraneos ita gravârit, atque in priori caſu propter veriſimilem affectionē avi erga nepotes horum gratia fideicommiſſum inductum cenſeant. *arg. l.101. ff. de C. & D. l.30. Cod. de fideicom.* id tamen minimè verum eſſe arbitramur; cùm præſumptio hæc ſaltem operetur, ne cogatur filius ſublatîs liberîs reſtituere hereditatem extraneo, non autem, ut ipſis liberis fideicommiſſo obſtringatur: quod odioſum magìs quàm favorabile futurum ſit; cùm liberi obedientia & officiis judicium parentis debeant provocare.

23 Ad formam quoquè inſtitutionis pertinet, quòd ea aliquando purè, aliquando ſub conditione fiat. An verò,& quænam liberis heredibus inſtitutis conditio adſcribi poſſit, ardua ac juxta Bartoli effatum *ad l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit. in princ.* difficilis quæſtio eſt, in qua, qui plus ſcit, plus dubitet. Ut igitur in hoc tam perplexæ deciſionis argumento ordine compoſito procedamus, juvabit hanc quæſtionem per ſingulas, quæ communiter proferuntur, conditionum ſpecies ducere, ac denique quid tum jure ante Juſtinianum, quid poſt ejus Imperatoris conſtitutiones in ea definiendum ſit, mentem noſtram diſtinctîs poſitionibûs aperire. Notum eſt, conditiones inſtitutionum quasdam dici proprias, quasdam improprias. Propria eſt qualitas heredis inſtitutioni adjecta, vim ejus conferens in futurum, eúmque incertum eventum: ut igitur conditio ſit propria, debet actum, cui apponitur, ſuſpendere *l. 36. ff. de reb. cred. l. 24. §. 1. & l. 76. princ. & §. 1. ff. de cond. & demonſt.* cui conſequens eſt, ad improprias omnes illas referendas eſſe, quæ quidem externâ verborum figurâ conditionem præſeferunt, actum tamen re ipſa non ſuſpendunt, ita ut vel ſtatim valeat, vel ſtatim nullus ſit, etſi defacto exitus rei in conditionem ſimilem deductæ nos aliquamdiu latere poſſit, ſícque conditio illa dilationem injicere, ut priusquàm de valore vel nullitate actûs certi aliquid retrò definiri poſſit, notitia illius rei in conditionem collatæ accipiatur: cujusmodi ſunt conditiones, quæ conferuntur in tempus præſens vel præteritum: exempla vide in *§. 6. Inſt. de V. O. l. 10. §. fin. ff. de condit. inſtit. l. 37. ff. de reb. cred.* Huc quoque referri poſſunt conditiones illæ, quæ omnino extituræ ſunt, & dicuntur de futuro neceſſario, veluti *ſi cras ſol orietur l. 18. ff. de condict. indeb.* Item *ſi cœlum digito non tetigeris l. 8. in fin. ff. de V. O.* cujus enim affirmatio eſt impoſſibilis, ejus negatio neceſſaria eſt.

24 Sunt & aliæ quædam conditiones, quæ rei tacitè inſunt, atque ex ipſa natura negotii importantur, ùt ſi legentur fructus futuri, vel quod in utero eſt *l. 1. §. fin. ff. de C. & D. l. 73. princ.*

princ. ff. de V. O. de quibus Papinianus *in l. 99. ff. de C. & D. conditiones*, inquit, *extrinſecus, non ex teſtamento venientes legata non faciunt conditionalia*; adeoque etiam expreſſæ voluntatem non ſuſpendunt, nec impediunt legati transmiſſionem *l. 22. §. 1. ff. quando dies legat.* Similiter ſive heredem extraneum, nam de ſuo ſecus eſt, heredem ſimpliciter inſtituerim, ſive addita conditione, ſi *voluerit*, perinde effectu juris habetur *l. 69. & 86. ff. de hered. inſtit.* Cujusmodi quoque impropriarum conditionum formulæ cenſentur, ſi teſtator dixerit: Titius heres eſto, ſi me ſupervixerit, ſi poſt mortem ante aditam hereditatem non fuerit deportatus, vel ſit tempore mortis cum eo teſtamenti factio. Singulare eſt, quod ait Ulpianus *in l. 19. §. 1. ff. de C. & D.* fieri aliquando poſſe, ut legatum ſub conditione impropria relictum, adeoque ex ſe purum, ex voluntate tamen teſtatoris hoc effectu conditionatum efficiatur, ut legati dies non à morte teſtatoris, ſed à die hereditatis in caſu *l. 19.* cedat; quæ JCti limitatio, in legato ſaltem, nullum in heredis inſtitutione uſum habere poteſt, ùt oſtendit Thomaſ. *in diſp. de filio ſub condit. inſtit. cap. 2. §. 7.*

Quoniam igitur, utì dictum, conditiones hæ propriè 25
actûs valorem palam non ſuſpendunt, pronô alveô fluit, nihil impedire, quò minùs ſuus heres ſub conditione in præſens aut præteritum *l. 10. §. 1. ff. de condit. inſtit.* (ut tamen poſt Juſtiniani conſtitutionem *in l. 32. de inoff. teſt.* nullam inde dilationem aut moram legitimæ præſtatio capiat) vel ſub conditione neceſſaria, aut tacitè per naturam rei ſubintellecta *l. 86. ff. de hered. inſtit.* heres ſcribi poſſit. Num verò conditio, ſi *voluerit*, in herede ſuo vim veræ conditionis contineat, & quemadmodum illa effectum acquirendæ hereditatis, quam aliàs ſuus ipſo jure ex ſuitatis poteſtate obtinet, ad declarationem voluntatis expreſſæ ſuſpendat? infra ſuo loco, nec non pleniùs inter ſuitatis effectus examinabimus.

Conditiones porrò aliæ dicuntur poſſibiles, ſeu quarum 26
eventus poteſt exiſtere, aliæ impoſſibiles, quæ cùm exitum habere nequeant, adeóque ex natura genuinæ conditionis

actum

actum aliquem in futurum ac incertum eventum ſuſpendere non poſſint, à DD. ad improprias referuntur, & triplicis generis eſſe dicuntur, aliæ videlicet *naturâ*, aliæ *facto*, aliæ *jure* impoſſibiles. Eſt verò conditio *naturâ* impoſſibilis vel abſolutè & per ſe talis, cujus implemento natura ipſa repugnat, ùt ſi digitô cœlum tetigeris *l. 16. in fin. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſtam.* vel ſecundùm quid, ſeu ex hypotheſi, ùt heres eſto, ſi Stichum, qui jam tum mortuus erat, manumiſeris *l. 6. §. fin. ff. de C. & D. l. 39. §. 4. ff. de ſtat. libert.* item ſi falſa ſit conditio, veluti ſi quis alicui leget, ſi id, quod teſtator Titio debet, ſolverit: nam ſi nihil Titio fuerit debitum, impoſſibilis, & pro non adjecta conditio habetur *l. 72. §. 7. ff. de C. & D.* Aliud dicendum, ſi teſtator poſt teſtamentum factum debitum expunxit: tum enim defeciſſe conditio intelligitur. *Factô* impoſſibiles dicuntur, quæ viribus humanis repugnant. Et hæ rurſus vel abſolutè tales ſunt, ſeu quæ omnibus hominibus ſunt impoſſibiles, vel ſecundùm quid, ſeu quæ à quibusdam tantùm impleri nequeunt, & difficiles à DD. appellantur: velut ſi dicam, Titius heres eſto, ſi Taurum portaverit, ſi una die 10. milliaria cucurrerit. Atque hæ conditiones ab iis, quas ſupra ſecundùm quid, ſeu ex hypotheſi impoſſibiles vocavimus, in eo differunt, quòd, etſi ubique aliqua hypotheſis præſupponatur, tamen priores, præſuppoſita illa hypotheſi, toti humano generi ſint impoſſibiles, ùt ab exemplis allegatis conſtat: etſi enim eas Titius implere non poſſit, poterit tamen id, quod à teſtatore deſideratur, præſtare Milo quidam aut curſor.

27 Has inter & illas factô impoſſibiles conditiones hoc diſcrimen intercedit, quòd conditiones omnes *naturâ*, vel illæ *factô* abſolutè impoſſibiles in actibus quidem ultimæ voluntatis pro non adjectis habeantur, perinde ac ſi actus purè celebratus, nec ulla conditio adſcripta ſit; nec conſequenter vitiant inſtitutionem, ſed ipſæ vitiantur *§. 10. Inſt. de hered. inſtit. l. 16. in fin. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſtam. l. 20. ff. de condit. inſtit. l. 3. & l. 6. §. fin. ff. de cond. & demonſt.* Obiter ac per tran-

transennam hìc adnotamus, quod obſervat Thomaſius *cit. tract. §. 9.* olim de eo inter JCtos diſſenſum fuiſſe, num ſcilicet hæ conditiones actibus ultimæ voluntatis perinde ut actibus inter vivos, quos violant vitiántque *§. 10. Inſt. de inut. ſtipul.* adjectæ, eodem effectu habendæ ſint ; quoniam non minùs in illis voluntas defuncti propter conditionis naturam aut nulla fuiſſe, aut defeciſſe videri poterat. Cujus diſſenſûs veſtigia ex eo ſatis apparent, quòd JCti utantur verbô *placet*, *obtinuit* inſtitutionem ſub impoſſibili conditione factam non vitiari *l. 1. ff. de cond. inſt. l. 3. ff. de C. & D.* unde Magnif. P. Schmier *l. 3. tract. 4. p. 1. num. 288.* advertit, quòd, ſi appareat, teſtatorem conditionem quandam impoſſibilem pro poſſibili habuiſſe, ea deficiente, inſtitutio evaneſcat Stryck. de *caut. teſtam. cap. 16. §. 33.*

Et verò, ut ad alterum diviſionis membrum redeamus, 28
contrà in illis conditionibus obſervatur, quæ ſecundùm quid & reſpectu illius vel alterius defacto impleri nequeunt, id eſt, per eas inſtitutio vitiatur *l. 4. §. 1. ff. de ſtat. lib.* ubi JCtus: *non eſt*, ait, *ſtatu liber, cui libertas in tam longum tempus collata eſt, ut eo tempore is, qui manumiſſus eſt, vivere non poſſit, aut ſi tam DIFFICILEM, imò penè impoſſibilem conditionem adjecerit, ut aliunde ea libertas obtingere non poſſit, veluti ſi heredi millies dediſſet, aut cùm moreretur, liberum eſſe juſſiſſet : ſic enim libertas inutiliter datur. Et ita Julianus ſcribit ; quia nec animus dandæ libertatis eſt.* Sed turbare videtur, quod Ulpianus in *l. 6. ff. de cond. Inſt.* ad Sabinum notat: *ſi quis ita inſtitutus ſit, ſi monumentum poſt mortem teſtatoris in triduo proximo mortis ejus feciſſet ; cùm monumentum in triduo proximo perfici non poſſet, dicendum erit, conditionem evaneſcere, quaſi impoſſibilem.* Quis credat, ait Thomaſius *cit. diſp. §. 10.* impoſſibile eſſe, alicui monumentum intra triduum extruere, ſi plurium hominum operâ utatur? nam Cicero *lib. 2. de LL. circa fin.* refert, ad coërcendos ſumptus, in extructionem ſepulchrorum fieri ſuetos, lege ſancitum fuiſſe, ne quis ſepulchrum faceret operoſius, quàm quod decem homines effecerint triduô. Sed verò hìc animadvertendum, quòd

teſtator non ſimpliciter voluerit monumentum ſibi extrui triduô, quod ab omnibus facilè præſtari poterat, ſed quòd voluerit *triduo proximo mortis ejus.* Hìc certè, ſi heres ſe talem eſſe antè intellexit, eúmque in finem materiam extruendo monumento aptam, debito modo præparavit, adimpletio conditionis ei non admodùm foret difficilis; quòd ſi eâ & notitiâ & materiâ careat, vix aliter evenire poteſt, quin adimpletio conditionis non ipſi tantùm, ſed aliis quoque fieret difficillima & penè impoſſibilis. Unde magìs ex æquo & bono Ulpiano viſum eſt, eam conditionem ad impoſſibilem, quæ de facto abſolutè talis dicitur, referendam, atque adeò per eam heredis inſtitutionem non vitiari. Aliter explicat, & reſpondet Thomaſ. *cit. diſp. §. 14. Ludov. ad compend. Lauterb. tit. de cond. inſt. num. 10.* In cenſum conditionum difficilium, quæ diſpoſitionem inutilem efficiunt, referre poſſis & illas, quæ contrarietatem cum valore actûs involvunt, ut inde potiùs appareat, teſtatorem ſerium animum legandi non habuiſſe; unde & fruſtratoriæ ſeu cavillatoriæ audiunt in *l. 88. princ. ff. ad L. Falcid. l. 16. ff. de cond. inſt.* ubi exemplavide.

29 *Jure* impoſſibiles conditiones dicuntur, quæ legibus civilibus vel honeſtati & bonis moribus repugnant, v.g. ſi adulterium vel homicidium commiſeris: ſi contra Legem Juliam & Papiam uxorem non duxeris, aut filios non ſuſceperis: ſi tutor contra SCtum pupillam uxorem duxerit: ſi parentibus aut patronis alimenta non præſtiteris *l. 9. ff. de cond. inſtit.* ſi juraverit heres *l. 8. ff. eod.* aut reliquias defuncti in mare abjecerit. *l. 27. ff. eod.* Etſi verò hæ conditiones cum impoſſibilibus eo effectu conveniant, quòd perinde hæ ac illæ pro non ſcriptis habeantur, legatíque aut heredis extranei inſtitutionem non vitient, ſed ipſæ vitientur; propriè tamen impoſſibiles dici nequeunt, cùm earum adimpletio abſolutè extra potentiam hominis non ſit, ſed ſaltem quia vel decori, vel legis civilis ratio eas impleri vetat, defacto extra facultatem, vel licentiam hominis eſſe creduntur. Unde magìs non po-

poteſtativæ appellandæ forent, ſi nempe poteſtatem non pro potentia *phyſica*, ùt in aliis conditionibus impoſſibilibus fit, ſed pro *licentia* ac *facultate* quid faciendi capias. Quò pertinet Papiniani locus in *l.15. ff. de cond. inſt.* ubi: *quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram, & ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt;* quæ phraſis fictionem importat, non veram impoſſibilitatem arguit. Quomodo enim leges has conditiones pro merè impoſſibilibus habere poſſent; cùm de potentia in actum deducta, hoc eſt, de conditione turpi adimpleta diſponant *l.5. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* Unde & ſæpiùs JCti, dum accuratiùs de earum efficacia loquuntur, non ùt Marcianus in *l.14. ff. de cond. inſt.* eas pro detractis aut non ſcriptis haberi aſſerunt, ſed dicunt eas à legibus vel à Prætore *remitti l.7. l.8. §.4. l.9. ff. eod. l.20. ff. de C. & D.* quod autem impoſſibile eſt, remitti nequit.

Non eſt mera hæc ac inanis ſubtilitas, ſed nos in diſcriminis rationem deducit, cur extraneo ſub turpi conditione herede inſtituto ea remittatur, ita ut effectu idem habeatur, atque ſi hæc conditio non fuiſſet appoſita, & is purè heres inſtitutus *l.14. ff. de hered. inſtit.* contrà verò in filio inſtitutionem vitiet, ac teſtamentum infirmet, *quaſi*, ùt rationem reddit Papinianus in *l.15. ff. eod. conditio non eſſet in ejus poteſtate:* non dicit *impoſſibilis*; nam talis ſi foret, utroque caſu detrahenda ac inſtitutio pura habenda eſſet; ſed quia per leges fas non eſt, eam adimpleri. Ut igitur extraneus à commodo hereditatis non repellatur, ſi ejusmodi conditioni, cùm per leges prohiberetur, non paruerit, Prætor in eo conditionem cenſuit remittendam, ac ejus inſtitutionem defendendam *l.9. ff. eod.* At verò cùm filii inſtitutio aliàs ipſo jure nulla ſit, quæ ſub alia, quàm quæ in ejus poteſtate eſſet, conditione facta eſt, ratio non erat, cur leges eam in filio herede remitterent; cùm aliàs *remitti* hoc inferat, poteſtate ipſa juris non detrahi conditionem, adeóque ipſo jure conditionem talem filio adjectam valere, quod tamen minimè aſſerendum. Cum

qua collimare videtur illa disparitatis ratio, quam assignat Clariss. ac Colend. D. Collega D. Peregrini in *sua manuduct. ad Jurisp. Justin. lib. 2. tit. 14. num. 9.* quòd nempe, si conditio impossibilis *de jure* filio adjecta testamentum irritet, eô saltem puniatur temeritas patris, qui filium per hereditatis compendium ad turpe factum impellere molitus est; filio verò id minimè nocet, aliàs infractîs testamenti viribûs, ab intestato successuro. At, si conditio hujusmodi extraneo adjecta testamentum subverteret, per id non tantùm improbitas testatoris puniretur, sed etiam heres sinè sua culpa privaretur hereditate, cùm ad eam ab intestato venire nequeat. Aliam differentiæ rationem assignat Schilterus *Exerc. ad Pand. 38. §. 100. & 102.* Ratio, inquit, quòd institutio cum conditione impossibili valeat ùt pura, rejecta conditione, non tam ex favore ultimarum voluntatum, quàm ex natura rei ipsius, & hujus adjectæ clausulæ proficisci videtur: cùm enim adjectio illius, quod per naturam aut legem existere non potest, formam conditionis intrinsecam non habeat, neque actum in futurum eventum suspendat, sed ipsa inutilis & inefficax est, ita quoque in institutionem & testamentum ipsum operari nequit. Quòd verò in herede suo ipsa institutio cum adjectione tali annulletur, non tam ex vi adjectionis provenit, quàm ex odio & *pœna*, quòd testator circa suum heredem, cujus major sollicitudo debebat esse, quàm extraneorum ita negligenter se gesserit: maluit itaque Legislator tali casu heredem suum ab intestato succedere, quàm ex testamento: adeò ut quamvis aliàs regulariter omnis ultima voluntas intelligi debeat secundùm id, quod verosimilius est, sensisse testatorem *l. 47. princ. ff. de leg. 1.* atque jure Quiritum testator non præsumatur intestatus decedere maluisse; hoc tamen in casu circa sui heredis testamentariam institutionem cessare maluerit legislatio Romana hanc præsumptionem, & jus sui heredis ab intestato prævalere ultimæ patris voluntati.

31 Verùm cùm hæc Schilteri ratiocinatio conditionem legibus adversam ac naturâ impossibilem juxtà habeat, quas tamen

men ex principiis accuratioris Philoſophiæ & ipſorum JCtorum mente minimè confundendas eſſe demonſtravimus, ſimul etiam id generalitate ſua inferat, ut, quod & Struv. *Exerc. ad Pand. 33. theſ. 49.* defendit, non minùs filii inſtitutio ſub una quàm altera conditione nullius momenti habenda ſit; cùm tamen, ſi inſtitutio ſub conditione naturâ impoſſibili fiat, nusquam eam vitiari, ſed perpetuò conditionem pro rejecta haberi deprehendamus; ut adeò, quod in *l. 15. ff. de cond. inſt.* de filio ſub turpi conditione herede ſcripto expreſſum eſt, magis ùt exceptio à regula, quæ in *l. 14. ff. eod.* traditur, ſpectanda ſit Thomaſius *cit. diſp. §. 38.* ideò hæc cit. Authoris doctrina vel rejicienda, vel cum moderamine, & in quantum valere poteſt, capienda eſt.

Unum adhuc de conditione turpi ſubjicimus, quòd, tam- 32
etſi aliàs in materia contractuum, ſi negativè concipiatur, jus exigendi id, quod ſub omiſſione actûs alicujus legibus interdicti promiſſum eſt, minimè tribuat *l. 7. §. 3. ff. de pact.* cùm vel gratis hoc alter intermittere teneatur, nec inde lucrum aliquod contra bonos mores captare poſſit *arg. l. 61. ff. de V. O.* præterea, ſi quid ex hujusmodi promiſſione ſolutum, tanquam ob turpem ſolius accipientis cauſam iterum repeti queat *l. 4. §. 2. ff. de condit. ob turp. cauſ.* In teſtamentis tamen legatum vel heredis inſtitutio per eam non vitiatur; quia heres vel legatarius præſens non eſt, nec promiſſionem teſtatoris acceptat, & cum eo non paciſcitur, ſícque ex ejus acceptatione, quæ non eſt facta, turpitudo aliqua, utì in actu inter vivos, qui utriusque conſenſu perfici debet *l. 55. ff. de O. & A.* induci nequit, aut inde quidquam legatario imputari. Adde, quòd legatum ex ſe actus ſit meræ liberalitatis, adeóque etiam ſinè cauſa ſubſiſtens *arg. §. 31. Inſt. de leg.* Quod verò *impoſſibilem conditionem naturâ* attinet, ſi negativè ſive contractibus, ſive teſtamentis adjiciatur, nunquam vitiat negotium, ſed ubique detrahitur *§. 11. Inſt. de inutil. ſtipul.*

Progredimur ad diviſionem conditionis propriæ. Hanc 33
Imperator in *l. un. §. 7. Cod. de caduc. toll.* dividit in *Caſualem*,

Poteſtativam, & *Mixtam*. *Caſualis* eſt, quæ ex perſonæ honoratæ voluntate penitùs non dependet, ſive quòd ejus implementum ſit vel in ſolo arbitrio & poteſtate alterius, ſive in fortuna & caſu poſitum, veluti *ſi Titius heres inſtituatur*, *ſi Cajus capitolium aſcenderit*, *ſi conſul factus fuerit*, *ſi navis ex Aſia venerit l. ult. ff. de cond. inſtit.* *Poteſtativa*, cujus eventus ab ejus ſolius arbitrio & facultate dependet, cui ejusmodi conditio adſcripta eſt, ùt *Titius heres eſto*, *ſi Alexandriam venerit*, *ſi in Capitolium aſcenderit*, *ſi Cajo decem dederit l. 4. §. 1. ff. de hered. inſtit.* quæ conditiones etiam promiſcuæ in *l. 11. §. 1. ff. de cond. & demon.* appellantur; quia poſſunt per accidens caſu impediri, & ita caſuales fieri. *Mixta*, ad cujus implementum partim voluntas honorati, partim tertii arbitrium vel caſus fortuitus concurrit, atque ita ejus exiſtentia ab utroque ſimul dependet, veluti *ſi Cajam duxeris*, *ſi Titio poſtliminiô reverſô decem dederis*, *ſi*, *Titio conſule*, *Capitolium aſcenderis*.

Diviſioni huic litem movet Thomaſius *cit. diſſert. cap. 2.* 34 *§. 19. & ſeqq.* eámque ùt merum Triboniani commentum, cujus veſtigium in Digeſtis nullum occurrat, acriter perſtringit; cùm ibi ſaltem caſualis & poteſtativa ſub nomine conditionum promiſcuarum & non promiſcuarum ſibi invicem opponi ſoleant *l. 11. ff. de cond. & demonſt.* nusquam conditionis alicujus ex utraque mixtæ mentio fieri. Et valde vereor, inquit cit. Author, eas, quæ ſuprà adductæ ſunt, conditiones pro mixtis venditari poſſe. Deſideramus exempla unius conditionis, non plurium: in poſterioribus autem duobus exemplis manifeſtè conſtat duas conditiones conjunctas eſſe. Sed neque in illa conditione, ſi *heres meus Cajam duxerit*, quæ communiter pro mixtæ exemplo adduci ſolet, diſcrimen à poteſtativa deprehendi poteſt: quoniam eædem rationes, ob quas hæc conditio ad mixtam referri ſolet, etiam ad exempla conditionum, quæ pro purè poteſtativis habentur, applicari poſſunt: uti enim implementum conditionis, ſi heres meus Cajam duxerit, partim à voluntate heredis dependet,

det, partim à voluntate Cajæ, imò & partim à caſu; cùm Caja ante annos nubiles vitâ decedere poſſit *l.101. princ. ff. de C. & D.* ſic & conditio, ſi Titius Alexandriam pervenerit, ſi Capitolium aſcenderit, ſi Mævio decem dederit, plurimùm ex caſu conjunctum habere poteſt, quod à voluntate honorati non dependeat: potuit enim Titius, quò minùs Alexandriam perveniret, aut Capitolium aſcenderet, vel per hyemis injuriam, vel morbo, vel alterius vi impediri: potuit Mævius decem nolle accipere, potuit antè mori. Ut adeò nulla intelligi poſſit conditio merè poteſtativa, quæ non ſimul aliquod admixtum habere poſſit, quod à poteſtate ſola honoratæ perſonæ non dependeat: niſi fortè illam velis excipere: ſi *voluerit*: quæ tamen & ipſa regulariter non eſt conditio vera, per ea, quæ ſuprà deduximus. Cùm ergo omnis conditio poteſtativa per caſum fieri poſſit non poteſtativa, planè videtur dicendum, conditionem poteſtativam & mixtam vel pro ſynonimis habendas eſſe, vel potiùs conditionem mixtam, poteſtativæ oppoſitam non dari. Quare ad excuſandum Tribonianum nihil ſupereſſe videtur, quàm ut dicamus, quòd, licèt conditio poteſtativa & mixta, quatenus ab initio & adhuc in ſpe conſiderantur, reverà ab invicem non diſtinquantur (cùm omnis conditio poteſtativa ex caſu mixta ſit) reſpectu tamen exiſtentiæ differentia aliqua Theoretica inter utramque conditionem admitti poſſit. Vel enim caſus (ſub quo etiam factum alterius comprehenditur) impedîit eum, qui conditionem ejusmodi adimplere voluit, vel non impedîit? Priori caſu mixta vocari poſſet, quæ à caſuali in eo diſtincta eſt, quòd in mixta caſus eveniat ex accidenti, qui in caſuali ab initio ſtatim neceſſariò comprehenſus fuit: poſterior verò propter deficientiam casûs ſimpliciter poteſtativa appellabitur.

Cui conſequenter ſtatuit Thomaſius *cit. diſp. §. 42. & 43.* 35 ut, quia omnis conditio poteſtativa fieri poteſt ex accidente caſualis, non minùs filius ſub poteſtativa, quàm ſub mixta conditione heres jure ante-Juſtinianeo validè potuerit inſti-

ſtitui : quoad eventûm tamen diſtinctio adhibenda eſt. Aut enim filius conditionem poteſtativam implere non vult, aut non poteſt? Priori caſu patrem non facit inteſtatum, ſi coheredem habuerit, ſed coheres totam hereditatem ſibi vindicat. Si filius ſolus fuerit heres inſtitutus, hereditatem repudiâſſe cenſebitur. Quòdſi denique habeat ſubſtitutum, neque exˊpreſsè voluntatem ſuam declaraverit de non implenda conditione, quæ tamen in ultimo mortis articulo poſſit adimpleri, ùt, ſi *Titio decem dederit*, demum, mortuo eo, ad patris hereditatem veniet ſubſtitutus. Sin conditio eo tempore ampliùs impleri nequeat, velut, *ſi Alexandriam iverit*, ſubſtitutus adhuc vivô filiô patri ſuccedet. *Et*ſi enim videatur hoc caſu in ultimo vitæ momento præteritus, id tamen lex non attendit; cùm hoc fiat ex negligentia & culpa filii hereditatem ſpernentis. Altero caſu, ſeu cùm filius, cùm maximè vellet conditionem implere, prohibetur, tunc vel impeditur factô hominis, vel caſu? Si prius, filius ex teſtamento ſuccedet ; quoniam tunc conditio habetur pro impleta *l. 11. ff. de cond. inſt. l. 1. Cod. de inſt. & ſubſt.* Si poſterius, teſtamentum ex poſtfacto, filiô in caſum defectæ conditionis non exheredatô, vitiatur. Atque hoc ſenſu omnium optimè putat Thomaſius explicari poſſe textus in *l. 4. princ. & fin. l. 5. & 6. ff. de hered. inſtit. l. ult. ff. de cond. inſt.* Quin & in reſcripto Alexandri in *l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſt.* hanc rationem ſubeſſe exiſtimat, non quòd conditio ibi recenſita ab initio mixta fuerit, ſed quòd ex poſtfacto filius caſu fuerit impeditus, ne eam adimplere potuerit.

36 Ab hac Thomaſii ſententia non alienus videtur fuiſſe Bulgar. ad Sichard. ad *l. 4. num. 5.* ubi ſcribit, filium ſub conditione mixta inſtitutum v. g. ſi Cajam duxerit, ipſo jure valere; ita ut, ſi non per caſum vel Cajæ repugnantiam, ſed per ipſum inſtituti factum ſteterit, quo minùs conditio impleretur, perinde habendum ſit, ac ſi eſſet ſub poteſtativa inſtitutus, nec eum in caſum deficientis ex culpa ſua conditionis exheredatum eſſe oporteat : quoniam cùm implementum

hoc

hoc caſu, ſi Caja nubere parata ſit, ex ſola honorati voluntate pendeat, conditio, quæ ab initio mixta erat, nunc ſimplex poteſtativa efficitur, qua non impleta, filius hereditatem patris tacitè repudiâſſe cenſetur.

Aliam explicandæ hujus difficultatis viam ingreditur Sa- 37
muel Coccej. *Jure contr. lib. 28. tit. 7. quæſt. 1.* ubi contendit, filium ſub qualibet conditione poteſtativa, id eſt tali, quæ ſuâ naturâ conſiſtit in poteſtate hominis, etſi à caſu fortuito impediri queat *l. 4. Cod. de inſt. & ſubſtit.* validè heredem inſtitui poſſe *l. ult. ff. de condit. inſt. l. 4. ff. de hered. inſt.* nec opus ſit, eum in contrarium caſum exheredare *l. 4. §. fin. l. 86. ff. de hered. inſt.* nam hæc conditio deficit vel arbitrio filii, vel caſu? Si primum, & filius eam implere nolit, ultrò ab heredtiate abſtinere intelligitur *d. l. 4. princ. ff. de hered. inſt.* facti autem quæſtio eſt, an in arbitrio ejus fuerit, adeóque an per eum ſteterit, an non? *l. 4. §. 1. ff. eod.* Si in arbitrio ejus eſt conditio, & impleri ſtatim poſſit, omnino conditioni parere tenetur, adeò, ut ſi antequam paruerit, filius deceſſerit, hereditas adita non videatur: quod & tum procedet, etſi cùm ſemel parere potuiſſet, conditio poſteà in perpetuum fiat impoſſibilis; nam jam per filium ſtat, quò minùs impleta fuerit; cùm aliquando impleri potuiſſet *arg. l. 3. §. 3. l. 5. §. 4. ff. de condict. indeb.* Quòd ſi in arbitrio ejus non ſit, parere ſtatim conditioni, adeóque caſu ſinè ulla ejus culpa aut mora præcedente impediatur; utì ſi iter ipſi trans mare injunctum ſit, quod propter hyemen hactenus perficere non potuit, tunc licèt deceſſerit interim, paruiſſe videtur, & conditio habetur pro adimpleta *l. 4. princ. ff. de hered. inſtit. l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* ibi: *manifeſtum enim eſt, multis caſibus non voluntariis ſed fortuitis evenire potuiſſe, ut eam implere non poſſet, & tamen adire hereditatem non prohibetur. Juncta l. 23. ff. de cond. inſt. l. 31. ff. de C. & D.*

Sed neutra harum opinionum ex integro aſſenſum no- 38
ſtrum mereri poteſt. Et quidem Thomaſiana ex eo capite diſplicet, quòd ſpreta Juſtiniani authoritate conditionem mix-

tam & poteſtativam confundat; cùm tamen in hoc ipſo argumento, quo de filio validè ſub conditione inſtituendo quærimus, maximè ſuî uſum commendet, ac apertam diſcrepantiam contineat. Etſi enim nemo inficiari poſſit, quin poteſtativæ, quæ dicuntur, conditiones ab hac, vel illa hypotheſi ſuísque circumſtantiis abſtractæ atque in genere ſpectatæ aliquid ex caſu admixtum habere, sícque non omnino à voluntate honorati dependere poſſint, tamen & id verum eſt, poteſtativam conditionem, ſub qua filius validè heres inſtitui poſſe à legibus aſſeritur, ejusmodi eſſe poſſe & debere, ut ſpectatis inpræſentiarum circumſtantiis à filio facilè adimpleri queat, nullo vel caſu vel alterius arbitrio impediente *arg. l. 1. §. 8. ff. ſi quis omiſſ. cauſ.* Atque hoc, nî fallor, eſt, quod Ulpianus, poſtquam in *l. 4. princ. ff. de hered. inſtit.* definiiſſet, filium non ſub alia, quàm quæ ab ipſius poteſtate penderet, conditione heredem inſtitui poſſe, poſteà in *§. 1.* proſequitur, facti autem quæſtionem eſſe, non regulis juris, ſed prudentis judicis arbitrio moderandam *arg. l. 32. pr. ff. de uſur. l. 1. §. 2. ff. de jure delib.* utrùm hæc vel illa conditio filio adſcripta pro præſentibus rerum circumſtantiis in ejusdem poteſtate dicenda fuerit, vel non? Poteſt enim & hæc: *ſi Alexandriam pervenerit, non eſſe in arbitrio per hyemis conditionem, poteſt & eſſe, ſi ei, qui à primo miliario Alexandriæ agit, fuit impoſita:* poteſt & hæc, *ſi decem Titio dederit, eſſe in difficili, ſi Titius peregrinetur longinquo itinere.* Quòdſi ergo judex habita ratione temporis, loci, perſonæ, aliísque circumſtantiis penſatis ejusmodi conditionem eſſe deprehenderit, ut nihil illius implemento aliud, quàm ſola filii voluntas obſiſtat, poteſtativam pronuntiabit, filiúmque, ſi ei non paruerit, ab hereditate ſubmovebit; at ubi contrà viderit, conditionis implendæ qualitatem ita comparatam eſſe, *ut*, quod ait Imperator in *l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit. multis caſibus non voluntariis, ſed fortuitis evenire poſſit, ut eam implere non poſſet*, vel ſaltem, quod Ulpiano in *d. l. 4. §. 1. ff. de hered. inſtit.* ſat eſt, conditio pro modernis circumſtantiis in difficili habeatur,

nul-

nullam heredis inſtitutionem & inteſtatum patremfamilias ſuâ ſententiâ efficiet, ut qui filium ea conditione ſcripſiſſet heredem, quæ non pro purè poteſtativa, ſed magìs pro *mixta ex caſu* habenda eſt.

Et igitur eadem omnino conditio pro diverſitate tem- 39
poris, loci, perſonæ, nunc poteſtativa, nunc mixta effici poteſt : quæ etſi quidem effectu juris à caſuali conditione nihil differat (nam utriusque adimpletio à poteſtate honorati exempta eſt) quia tamen mixta, quæ efficitur, neceſſariò & interna ſuî conſtitutione à caſu non dependet, ſed naturâ ſuâ talis eſt, ut, niſi per accidens caſu impediatur, in poteſtate hominis conſtituta intelligatur, mixta tum conditio eleganti appellatione dicitur, & per hoc à caſuali, cujus adimpletio expreſsè in caſum fortuitum vel alterius arbitrium concepta eſt, diſtinquitur ; ut adeò rectiùs & arti noſtræ convenientiùs, quisque facturus ſit, ſi pro eo, quod Thomaſius poteſtativam cum mixta confundit, è contrario mixtam cum caſuali, quod quidem in hoc præſenti argumento ad effectum juris attinet, convertat, & unam, ſiquidem à verborum forma & figura, qua illa in arbitrium honorati, altera purè in caſum fortuitum concipitur, abſtrahere velimus, cum caſuali efficiat. Id quoque indigitâſſe JCtum arbitror, dum duas ſaltem conditionum ſpecies, promiſcuas videlicet & non promiſcuas in *l. 11. §. 1. ff. de C. & D.* expreſſit : veroſimile enim eſt, eum per *promiſcuas* non alias, quàm in poteſtate hominis poſitas, promptas, facilè implebiles, per *non promiſcuas* illas ſignificâſſe, quæ in difficili ſunt, quarumque eventus à caſu eſt. Quis verò Triboniano ſuccenſeat, quòd conditiones caſuales & mixtas, quas veteres JCti uno vocabulo non *promiſcuarum* conditionum complexi ſunt, ſuis nominibus diſtinquere, & à ſe invicem non tam juris effectu, quàm ob formæ diverſitatem ſecernere maluerit : nihil enim, quod fatemur, hactenus, cùm de filio ſub conditione validè inſtituendo quærimus, intereſt, an in ipſum directè caſum vel alienum arbitrium conditionis eventus concipiatur, num talis

conditio alicui apponatur, quæ aliàs de ſe & natura ſua in facultate hominis poſita, defacto tamen per caſum vel planè non exiſtere, vel difficulter impleri queat *l. 4. §. 1. ff. de hered. inſt. l. 4. C. de inſt. & ſubſt.*

40 Atque ut prolixiùs dicta in compendium conferamus, eò res redit, ut nunquam ſub mixta conditione filius validè heres ſcribatur, ſive illa talis ſit, quæ ab ipſo teſtatore ſimul in caſum vel alterius arbitrium concepta ſit, v. g. ſi heres Cajam duxerit, ſive quæ in merum filii arbitrium & voluntatem collata, pro præſenti hypotheſi per fatales rerum circumſtantias haud impleri, aut ſinè gravi difficultate explicari poſſit *d. l. 4.* Oportet ergo, ut ſuus teſtamento vigor conſiſtat, néve pater inteſtatus efficiatur, filium non ſub caſuali tantùm, ſed etiam ſub mixta inſtitutum in contrarium conditionis eventum exheredatum eſſe, ùt clarè Alexander in *l. 4. Cod. de inſt. & ſubſtit.* & non obſcurè Julianus in *l. 11. ff. de cond. inſt.* indicat, ubi filium ſub conditione, ſi Titium adoptaverit, inſtitutum, ſub contraria conditione, ſi non adoptaverit, exheredatum fuiſſe proponit: quoniam adoptionis eventus non à ſolo adoptantis arbitrio, ſed & à conſenſu adoptati pendet, adeóque pro mera poteſtativa conditione haberi nequit. Neque cum Thomaſio *§. 42.* dicas, exheredationem ſaltem ùt factam à JCto proponi, non etiam doceri, eam fieri debuiſſe: at verò non hic JCtorum mos eſt, ut circumſtantias ſupervacaneas, & ad præſens inſtitutum non pertinentes exprimant, ſed magìs cenſendum eſt, eam, quia neceſſaria reputabatur, fuiſſe expreſſam.

41 E quibus porrò adversùs Thomaſium conſequitur, quòd valor inſtitutionis, cùm ſub conditione mixta filius heres ſcribitur, nunquam in pendenti eſſe, & ex poſtfacto demum, ſi caſus implemento obſtet, vitiari poſſit. Aut enim ejus generis eſt conditio, quæ ſimul in voluntatem honorati, ſimul in caſum vel arbitrium alterius à teſtatore diſertis verbis concepta eſt, & manifeſtè mox initiô nullam apparet eſſe inſtitutionem; ſi verò ſimpliciter in filii voluntatem conferatur, eam verò in hoc rerum ſtatu ſibi difficilem & impeditam fi-

lius

lius queratur, tum ad arbitrium judicis recurrendum, qui penſatis diligenter circumſtantiis æſtimabit, ac ſtatuet, num ejus implementum in facultate filii ſteterit, num ab incerto exitu & eventu fuerit ſuſpenſum, & quod ſequitur, num inſtitutio filii pro valida, num pro vitiata per conditionem habenda ſit *l. 4. §. 1. ff. de hered. inſt. l. 83. ff. de C. & D. l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* Quòdſi aliquando promptam filio fuiſſe conditionem appareat, ſed quæ poſteà caſu ex mora filii ſuperveniente impediatur, veluti, ſi Titio decem dare juſſus, diu diſtulit, ut jam Titio è vivis erepto dare nequeat, inſtitutio quidem, deficiente conditione, corruet, perindéque habebitur, ac ſi filius eam implere noluiſſet; ſed teſtamentum, ſi vel filius coheredem aut ſubſtitutum habuerit, non vitiabitur: quia quod ſemel ab initio legitimè conſtitit, id poſteà ampliùs nullum eſſe non poteſt Sichard. ad *d. l. 4.*

Id unum adhuc adversùs Thomaſium addimus. Con- 42
ditiones, quibus filio quid alteri dandum vel faciendum imponitur, quod merum alterius commodum contineat, ab ea, qua v.g. is aliam ducere vel adoptare jubetur, quod in alterius diſpendium facilè cedere, ac propterea alteri gratum eſſe non poſſet, ab invicem probè ſecernendas eſſe: prima enim, ſi modò Titii copia ſit, pro merè poteſtativa à legibus habetur *d. l. 4. §. 1.* tametſi enim is non minùs repugnantiâ ſuâ dationem impedire, quàm Caja vel Titius diſſenſu ſuo nuptias vel adoptionem ſufflamminare poſſit, ut adeò utroque caſu mixta videri poſſit conditio, & ab alterius quoque arbitrio pendere: quia tamen priori in caſu diſſenſus in id, quod merum accipientis commodum promoveat, prudens eſſe non poteſt, hinc leges priorem pro merè poteſtativa, ſi nihil aliud impediat, poſteriorem verò, quia non minùs ex natura & qualitate negotii conſenſus unius, quàm alterius ad ejus eventum requiritur, pro mixta ſeu tali habent, quæ filio aliter, quàm ſi is ſub contraria conditione exheredatus ſit, apponi nequit *l. 11. ff. de cond. inſt.* Etſi igitur Caja nubere parata ſit, filius tamen parere conditioni non tenetur, cùm ex eo con-

ditionum genere cenſeatur, quæ non à ſola poteſtate filii dependeat, adeóque ſub qua inſtitutio filii facta mox ab initio nullius momenti habeatur.

43 Doctrinæ Cocceji ex eo ſuffragari non poſſumus, cùm is, ſi poteſtativa conditio per caſum defecerit, eam pro impleta, filiúmque ex teſtamento heredem eſſe defendat: nam præterquam quòd hactenus manifeſtum JCtorum diſſenſum, quorundam conditionem caſu impeditam pro impleta habentium vid. *l. 8. §. 7. l. 24. ff. de cond. inſt. l. 101. princ. ff. de C. & D. l. 54. §. 1. & 2. ff. de leg. 1.* quorundam verò pro defecta conditione pronunciantium vid. *l. 31. & 94. princ. ff. de C. & D. l. 20. §. 3. ff. de ſtatu lib. l. 4. Cod. de condit. inſert.* Thomaſius *cit. diſſert. §. 26. & ſeqq.* operosè oſtendat, tum id omnium liquidiſſimè in filio falſum eſſe apparet ex eo, quòd filium ſub conditione redeundi in patriam, ſi ab ea longè & trans mare agat, inſtitutum, ad valorem teſtamenti in contrariam conditionem exheredatum eſſe oporteat *l. 4. Cod. de inſt. & ſubſtit. l. 11. ff. de cond. inſtit.* quod ſanè ſupervacaneum foret requirere, ſi defecta per caſum conditio pro impleta in filio haberi poſſet. Neque pro Coccejo faciunt *d. l. 4.* verba finalia: *& ideo hereditatem adire non prohiberis.* ſiquidem illa non de ſucceſſione ex teſtamento, ſed ab inteſtato intelligenda ſunt: cùm conditio non poteſtativa filio adſcripta patremfamilias inteſtatum efficiat *d. l. 4. princ.* Id ultrò Coccejo largior, poteſtativam conditionem, ſi per factum tertii impediatur, pro impleta haberi *l. 40. l. 57. l. 84. l. 101. §. fin. ff. de C. & D. l. 34. §. 4. ff. de leg. 2. l. 13. §. 1. ff. de annuis legat.* verùm id ad impedimentum casûs in quæſtione propoſita minimè eſt extendendum.

44 Hisce in tam anticipiti quæſtione prævie diſputatis, ſequentes concluſiones ſubjicimus. Prima. Filius ſuus ſub conditione caſuali aut mixta heres inſtitui non poteſt *l. 4. Cod. de inſt. & ſubſtit.* quoniam ea deficiente filius inveniretur contra legem præteritus *princ. inſt. de exhered. liber.* imò neque ea pendente propter incertum conditionis eventum propriè inſti-

ſtitutus dici poteſt, aut exheredatus. Cùm verò ad teſtamenti vigorem alterutrum fieri neceſſe ſit *l.30. ff. de lib. & poſth.* ſequitur, quòd ejusmodi conditione adjecta inſtitutio & totum teſtamentum vitietur, & pater inteſtatus decedat *l.5. ff. de hered. inſtit.* quod & procedit, quamvis per filium ſteterit, quò minùs conditio mixta impleatur Manz. de *teſtam. valid. tit. 7. quæſt. 5. num. 28.* quia id hìc inſpicitur, quod evenire poteſt: poterat autem contingere, ne, ſi maximè filius voluiſſet, conditio impleatur. Ut ergo inſtitutio ſub hac conditione teneat, filium in defectum conditionis nominatim exheredatum eſſe oportet *d. l. 4. l.20. §. 4. in fin. ff. de bon. libert. l. 86. in princ. ff. de hered. inſt.*

Verùm hodie, ut teſtamentum teneat, cauſa quoque 45
exheredationis addenda eſt *Novell. 115. cap. 3.* nec jam ampliùs ſola exheredationis formula ſufficit. Cujus exheredationis effectus eſt, ut conditio ſit exſpectanda: ſi exiſtat, omnem habebit hereditatem, ſi deficiat, querelâ ei agendum eſt, pro cujus diverſo eventu hereditatem, vel nihil accipiet. Alimenta verò interim liberis præſtanda eſſe Stryck. ad Lauterb. ad *tit. de cond. inſtit.* advertit. Sed quid ſi filius pendente inſtitutionis & exheredationis conditione decedat? reſpondet Triphoninus in *l. 28. pr. ff. de lib. & poſth.* teſtamentum nullum, & filium ab inteſtato heredem factum, mortuum eſſe: quia dum vixit, neque ex teſtamento heres, neque exheredatus fuit, adeóque pro præterito habetur. Herede autem ſcripto ex parte filio, coheres poſt mortem filii inſtitui (alii legunt) ſubſtitui poteſt, de quo vid. Ant. Faber. *conject. 15.* & notat *ad l. 4. Cod. de inſt. & ſubſtit.* Sichard. quòd, ad hoc, ut exheredatio filii effectum ſortiatur, neceſſe ſit, filio coheredem datum eſſe: exheredatio quippe vires habere non poteſt, niſi aliquis adeat ex teſtamento *l. 8. §. 10. ff. de inoff. teſtament.* ubi ergo nulla eſt aditio, nulla quoque intelligi poteſt exheredatio *l. 3. §. fin. ff. de lib. & poſth.*

Dices I. exheredationem, ut teneat, purè faciendam 46
eſſe *l. 3. §. 1. ff. de lib. & poſth.* Reſpondet Clariſſ. & Colend.

D.

D. Collega D. Peregrini ad *Inſt. tit. de exhered. lib. n. 7.* hanc regulam fallere, ſi filius ſub conditione contraria fuerit inſtitutus: tum enim teſtamentariæ ſolennitati ſatisfactum; quia filius nec in caſum evenientis, neque deficientis conditionis dici poteſt præteritus. Dices II. Quorſum exheredatione expreſſa opus eſt? cùm jam implicitè intelligatur patrem in caſum deficientis conditionis filium ab hereditate ſua arcere voluiſſe. At verò, ùt jam ſuprà reſponſionem occupavimus, non magis ad inſtitutionem, quàm ad exheredationem ſat eſt, eam per implicitos ſenſus colligi poſſe, ſed ut ea nominatim & expreſsè fiat, neceſſe eſt *princ. Inſt. l. 1. ff. de exhered. lib.* ubi enim verborum expreſſione eſt opus, non ſufficit implicita & tacita commemoratio *arg. l. 124. princ. ff. d. R. J. l. 99. ff. de V. O.* Sichard. ad *l. 4.*

47 Ampliatur autem concluſio noſtra, ut etiam filiæ, nepotes proximè in poteſtate avi ſui exiſtentes, quin & filii emancipati ſub caſuali aut mixta conditione hodie ampliùs inſtitui nequeant: nam poſtquam filiæ, & nepotes & emancipati præteriti, qui olim teſtamentum non infirmabant, ſed illis ſaltem jus accreſcendi ad certam portionem præſtabatur *pr. Inſt. de exher. lib.* emancipatis verò per bon. poſſeſſ. contr. tab. Prætor ſuccurrebat *§. 5. Inſtit. de exhered. liber. & l. 4. Cod. de lib. præterit. & Nov. 115. c. 3.* non minùs ad valorem teſtamenti, quàm filii ſui neceſſariò heredes inſtituendi vel exheredandi ſunt, ratio jam ceſſat, quòd olim ſub conditione caſuali inſtitui poterant: cùm etiam ſalvîs teſtamenti tabulîs poterant præteriri. Diſſentit quoad filium emancipatum Stryck. de *caut. teſt. §. 32. in fin.* nec putat pœnam nullitatis in caſum adſcriptæ emancipato conditionis caſualis per *dict. Novell.* introductam eſſe. Sed putat ſcilicet; rationem concludentem nullam adfert. Infeſtior locus eſt in *l. 7. Cod. de inſt. & ſubſt.* ubi (eſt autem Juſtiniani conſtitutio) ſuſtinetur teſtamentum, cùm conditio mixta, ſcilicet *ſi nupta fuerit*, filiæ adſcribitur. Dici poſſet, Juſtinianum oblitum juris novi hoc ita propoſuiſſe, vel potiùs præſupponendum, antequam ſe

jam

jam immiſcuerit filia, conditionem extitiſſe; quia nimiam Juris ſubtilitatem excludit Imperator: vel quòd filia emancipata, à matre vel avo materno fuerit inſtituta, aut ſub contraria conditione exheredata. Addit Manz. *cit. tract. tit. 8. q. 5. num. 14.* conditionem iſtam, *ſi nupta fuerit*, interdum poteſtativam haberi poſſe, veluti ſi proci adſint, qui puellæ conjugium ambiant: tunc enim in mera poteſtate filiæ eſt nubere, & conditioni parere.

Concluſio ſecunda. Filius ſuus ſub conditione poteſtati- 48
va, & quidem, quæ facilè impletur, heres inſtitui poteſt, ita ut opus non ſit, eum in defectum conditionis exheredari *l. 15. & l. fin. ff. de cond. inſtit. l. 4. princ. & §. fin. l. 5. & 6. l. 86. ff. de hered. inſtit. junctâ l. 11. ff. de cond. inſtit. l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* cujus rationem reddunt, quòd, quia filius eam conditionem facilè implere poteſt, quaſi purè inſtitutus videatur *l. 1. §. 8. ff. ſi quis omiſſ. cauſ.* & ideò, ſi eam non impleat, videtur tacitè paternam hereditatem repudiare, vel eâ ſe indignum reddere Jul. Clar. *§. teſtament. quæſt. 39. num. 1.* Si ergo filius non parendo conditioni velit ab inteſtato ſuccedere, ſubmovebitur, & patrem inteſtatum non facit *d. l. 4. in princ. ff. de hered. inſtit.* generatim enim heres non poteſt repudiare hereditatem ex teſtamento ante conditionem exiſtentem, *qualis qualis fuerit conditio, etſi in arbitrium collata eſt l. 13. princ. ff. de acquir. vel amitt. hered.* poſt impletam verò conditionem ſuus heres jus abſtinendi non habet, ùt docet Marcellus in *l. 6. in fin. ff. de hered. inſtit.*

Quænam verò conditio poteſtativa & facilè implebilis 49
cenſenda ſit, cui filius parere neceſſe habeat, judicis arbitrio leges definiendum committunt *d. l. 4. §. 1.* qualem non eſſe habendam docet, cùm filius, *ſi ſe talem eſſe probaverit*, heres inſtituitur *l. 83. ff. de C. & D.* etſi enim, ùt explicat Manz. *cit. loco. num. 7.* filius hoc ipſo præſumatur, qui ex legitima uxore natus eſt *l. 6. ff. de his, qui ſui vel alien.* tamen quia hìc præſumptio non ſufficit, ubi à teſtatore probatio actualis requiritur, quæ tamen ob difficultatem in poteſtate filii eſſe non

cenſetur, hinc quoque teſtamentum nullius momenti eſſe pronunciatur. Aliter Thomaſius *cit. diſſert. cap. 3.* qui ideò conditionem probandæ filiationis non eſſe in poteſtate filii habendam dicit; quia probatio fieri debet per teſtes vel inſtrumenta judici: at hoc ipſum conſtat, non eſſe in mera probantis poteſtate ſitum, ut teſtes inveniat, vel documentis ad probandam cauſam inſtructus ſit, denique, ut, etſi media probandi adſint, judici per ea plenam fidem faciat: cùm hoc non à probantis, ſed à judicis arbitrio pendeat. Unde porro concludit cit. Author, inſtitutionem filii non tantùm ſub conditione probandæ filiationis, ſed nec ſub conditione cujuscunque rei alterius probandæ valere.

50 Filiô autem ſub poteſtativa conditione inſtitutô plures caſus diſtinguendi ſunt. Intereſt enim, an filius ſolus ſit inſtitutus heres, an alius ei coheres datus, vel ſubſtitutus ſit? Item an conditio ſimpliciter filio adjecta, num dies, intra quem conditio ab eo implenda, definitus fuerit? Et ſi prius, num ejusmodi ſit conditio, quæ ultimo vitæ ſpiritu à filio impleri poſſit? an ejus naturæ, quæ tum ampliùs nequeat, ut certum ſit, eam ante mortem filii defeciſſe? Si filius ſolus fuerit heres inſtitutus, conditio talis, de qua certum eſt, eam à filio, in mortis vicinia conſtituto, impleri non poſſe, qualis v. g. eſt, *ſi Alexandriam iêrit*, tum res ad cauſam inteſtati devolvitur, & ipſe filius, tanquam deſertô & deſtitutô teſtamentô, ex quo nemo alius, ùt ſupponitur, heres poſſit exiſtere, antequam moriatur, patri ſuo legitimus ab inteſtato ſuccedet heres *l. 5. ff. de hered. inſt. l. ult. ff. de cond. inſtit. l. 16. in fin. ff. de liber. & poſth.* atque hereditatem ad ſuos transmittet, ut ita exiſtentia ſui heredis, etiam momentanea, transmiſſionem inducat *arg. l. ult. Cod. und. lib.* Quòdſi verò filio adſcripta conditio ejus generis ſit, cui etiam noviſſimo vitæ tempore parere poſſit filius, veluti *ſi decem Titio dederit* (poteſt enim hæc conditio etiam per aliũ nomine filii impleri *l. ult. ff. de cond. inſtit.*) tum filius, nec ex teſtamento; quia conditioni non paruit; nec ab inteſtato; quia teſtamentum eo adhuc ſuperſtite

non

non defecit; quoniam conditio à filio, quoad is vixit, adhuc impleri potuit, patri ſuo heres exiſtet, conſequenter nec hereditatem ad ſe non devolutam ad heredes ſuos transmittet *d. l. ſ. & d. l. fin.* ſed alii ſequentis gradûs, qui proximum remotô filiô locum occupant, cùm certum eſt, patrem ab inteſtato deceſſiſſe, admittentur *d. l. fin. in fin.* ibi: *vivô filiô non admittentur nepotes ad hereditatem, qui ſubſtituti ſi non eſſent, inteſtato avo heredes exiſterent; neque enim filius videretur obſtitiſſe, poſt cujus mortem patris teſtamentum deſtituitur: quemadmodum ſi exheredato eodem filio nepotes, cùm filius moreretur, heredes fuiſſent inſtituti ff. de cond. inſt. l. 7. ff. ſi tab. teſt. nul. exta.* Priore igitur caſu nepos patri ſoli, confuſa ejus & avi hereditate; poſteriore, avo ac patri ſeparatim ſuccedet, geminâque hereditas eſt. Refert autem, una an duplex ſit hereditas, ejúsque vis ac utilitas plurima eſt in alterutra omittenda, ære alieno, jure ſeparationis, detractionibus quartarum Coccej. *diſp. de jur. Nepot. ſect. 3. §. 3.*

Quòdſi filius coheredem aut ſubſtitutum habeat, hic 51
vel ille ad portionem deficientem filii admittetur, cùm certum eſt, eum conditioni non paruiſſe, aut parere non poſſe, quod fit, ſi vel tempus conditioni implendæ præfinitum exîit *l. 6. princ. ff. de hered. inſt.* vel cùm animam agere filius incipit, vel cùm vitâ functus eſt, prout nempe conditionem ponimus, quæ vel extremo vitæ momento impleri poteſt, aut eo tempore filio impoſſibilis efficitur, ut non incertum ſit, heredem ex teſtamento filium, parendo conditioni, ampliùs non extiturum *d. l. fin. l. 4. princ. & §. fin. ff. de hered. inſtit.* Ubi docet JCtus, filium ita inſtitutum non facere patrem inteſtatum, neque impedire, quò minùs coheres non exſpectato conditionis eventu adire hereditatem valeat, quod non poſſet, ſi teſtamentum in eo eſſet, ut rumperetur, aut nullum diceretur. Unde non capimus, quod Coccejus *cit. diſput. 86.* ſcribit, coheredes aut ſubſtitutum eo in caſu, quo mortuô demum filiô conditio deficit, non obtinere contra nepotem, qui, tempore deſerti teſtamenti avo ſuus heres exi-

ſtens, rumpit teſtamentum, in quo præteritus eſt §. 2. *Inſt. de exhered. liber.* neque enim fieri aut intelligi poteſt, ut nepotes ſui avo heredes agnaſcantur, quos filius præceſſit, ſuâ culpâ hereditatem abjiciens *arg. l. 6. ff. de injuſt. rupt. & irrit. l. 9. §. 2. ff. de liber. & poſthum.* Quid verò interſit, an nepotes ſubſtituti, filiô adhuc vivô, eóque in extremis adhuc conſtituto, an verò mortuo demum ad hereditatem admittantur, latiùs examinat Manz. *cit. tract. tit. 7. quæſt. 6. num. 11.*

52 Ex hactenus dictis apparet, quando inſtitutio filii ſub conditione facta effectum habeat, vel teſtamentum nullum efficiat. Illud præſtat conditio poteſtativa, honeſta, & facilè implenda, cui adeò filius, ſi coheredem aut ſubſtitutum habeat, neceſſe habet parere, aliàs nec ſe immiſcere, multò minùs teſtamentum nullum dicere poteſt *l. 4. princ. ff. de hered. inſtit.* Caſualis & mixta, utì & conditio legibus reprobata, filio appoſita ejus inſtitutionem totiúsque teſtamenti valorem ſubvertit, ut non prohibeatur filius, coherede vel ſubſtituto excluſo, ab inteſtato adire hereditatem *l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* niſi ſub caſuali aut mixta inſtitutus in contrarium caſum exheredatus ſit. Quòd ſi tamen filius conditioni adjectæ acquieverit, & ex teſtamento hereditatem agnoverit, multorum opinione teſtamentum conſervatur *l. 2. §. 1. ff. de bon. poſſeſſ. ſecundùm tab.*

53 Et hæc ævô ante Juſtinianum præceſsêre. Quid etiamnum poſt ejus legislationem obtineat, uſúque ſervatum? proximum jam eſt, ut inquiramus. Et quidem ſatìs conſtat, hodierno jure legitimam nullum onus, conditionem aut dilationem recipere *l. 32. & l. 36. §. 1. ff. de inoff. teſtam.* ſed id omne à legitima detrahi. Proinde poteſtativa conditio, quam hodie quoque filio apponi nihil impedit, ſaltem valet quoad bona, quæ ſunt ultra legitimam relicta; ſed legitima, rejecta conditione, ſinè mora nec exſpectato conditionis eventu capitur *dd. ll.* in reliquis neceſſe habet conditioni parere. Sed hoc ita, ſi coheredem aut ſubſtitutum habeat: nam ſi is ſolus ſit, perinde videtur eſſe, ac ſi partim purè, partim

tim ſub conditione ſcriptus eſſet heres, de quo Marcianus in *l. 52. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. hered. qui ex parte heres inſtitutus eſt purè, ex parte ſub conditione, SOLUS, etiam pendente conditione, ſi adiêrit hereditatem, ex aſſe heres erit : quia ſolus heres futurus eſt omnimodo, niſi habeat in conditionalem partem ſubſtitutum.* Quò etiam facere videtur, quod tradit Pomponius in *l. 27. §. 1. ff. de hered. inſtit. Si te*, inquit, *beredem inſtituero*, purè intellige, & *dein eundem te ſub conditione inſtituam, nihil valere ſequentem inſtitutionem ; quoniam ſatis plena prior fuiſſet.*

Sunt tamen, qui hactenus inter ſpecies conditionum di- 54
ſtinctionem adhibent, atque tum demum velint conditionem à legitima rejici, ſi filius in ea valde gravaretur, ac per eam minueretur legitima, utì ſi in dando conſiſtat, vel aliter ſumptus requirat: cæterùm illis, quæ facilè ac ſinè gravi onere impleri poſſunt, cujusmodi eſt conditio, *ſi Capitolium aſcenderit*, etiam nunc parendum eſſe contendunt, & ei non parentem pro repudiante vel potiùs abſtinente habendum eſſe Bachov. ad Treut. *vol. 2. diſp. 11. Theſ. 3. lit. D. verſ. idem dicemus.* Item ad *inſt. tit. de hered. inſt. §. 6.* Struv. *Exerc. 33. lib. 28. tit. 7. num. 47. cum aliis ibidem allegatis.* Sed rectiùs alii nullum inter gravamen *magnum* & *parvum* diſcrimini locum faciunt; cùm quodcunque onus per *l. 32.* à legitima tollatur. Adde, quòd, ſi filius ante conditionis etiam facilis implementum decederet, legitimam ſuam non faceret, nec eam ad alios heredes transmitteret, quod utique non exiguum gravamen involvit Schilt. *Exercit. ad Pandect. 38. tit. de condit. inſtit. §. 99.* Stryck. de *caut. teſtam. c. 17. memb. 2. §. 4.* quod usque adeò apud Bachov. ad Treut. *cit. loco* procedere volunt, ut etiam hæc conditio : *ſi voluerit*, rejicienda ſit; quoniam efficiat, ne quis jure ſuitatis heres exiſtat, eámque transmittat. Verùm hoc ipſum à Bachovio, Vinn. *ſelect. quæſt. lib. 2. cap. 23.* negatur. Siquidem conditio, ſi *voluerit*, ſaltem neceſſitatem, quæ ſuitati ob jus patriæ poteſtatis cohæret, remittit, non etiam extinquit effectus ſuitatis. In ſuitate jus liberorum magìs, quod à lege habent; in neceſſitate retinendi bona ex jure ſui-

tatis quæsita, solius patris vertitur, cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario herede facere voluntarium *l.12. ff. de cond. inst. l.86. ff. de hered. instit.* Cui consonanter in *l. 89. ff. de leg.1.* dicitur, Prætorem permittendo jus abstinendi, in eorum persona hoc jus tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hereditatis habuissent. Atque adeò per conditionem hanc filio adscriptam, utì etiam per vulgariter ei substitutum aliud non efficitur, quàm quòd filius, qui non nisi jure prætorio habuisset abstinendi licentiam, eam nunc habeat jure proprio acceptam à patre, ac proinde ex jure civili *l.4. princ. l.86. ff. de hered. instit.* Controversia in id incumbit, an substitutus vel coheres transmissario ex jure suitatis venienti præferatur? De qua consule laud. Vinn. Clariss. D. Collegam D. Franz p.m. ad *inst. tit. de vulg. subst. num.35.* Interim nobis certum est, legitimam in filio, præterquam cui pupillariter substitui potest, substitutionem, per quam transmissio impediatur, non admittere: quoniam tum ea non tam patris voluntate, quàm necessitate juris relinquitur; ut adeò patri nullum in eam supersit disponendi, eámque quovis modo restringendi aut gravandi arbitrium. Stryck. *cit. Tract. cap.17. memb 3. §.6.*

55 Etsi autem hæc de conditione potestativa filiis adjecta satìs explorata sint, major tamen de conditione casuali & mixta liberis adscripta contentio incidit, num ea etiamnum, ùt olim, testamentum vitiet? an verò tantùm quoad legitimam detrahatur, & pro non scripta habeatur, in eo autem, in quo quis fortè ultra legitimam institutus est, sit observanda & exspectanda? Supponimus, ut huic controversiæ locus esse possit, filium coheredem aut substitutum habere: solus enim heres si sit, non potest hoc modo legitima separari à reliqua hereditate; quoniam, etsi conditio defecerit, reliquum filio necessariò accrescet; quia perinde habetur, ac si is in legitima purè institutus esset, quo casu, si is nullum alium coheredem habeat, tota ad eum spectabit hereditas *l.1. §.4. ff. de hered. instit. l.52. in fin. ff. de acquir. vel omitt. hered.* neque enim

enim reliquum deficiente conditione ad legitimos devolvi poteſt; quia jus noſtrum non patitur, ut pro parte quis teſtatus, pro parte ſinteſtatus decedat *l. 7. ff. de R. J.* Sichard. ad *l. 4. Cod. de inſt. & ſubſtit. num. 6.* Brunnem. ad *d. l. 4. in fin.* Fachin. *controv. lib. 5. cap. 71. in fin.*

Quo præmiſſo communiter poſt Bartolum teſtante 56
Bachovio ad Treut. *cit. diſp. 11. Theſ. 3. lit. D. verſ. hodie ſub caſuali* & aliis apud Struv. *Exerc. 33. ub. 28. tit. 7. num. 47.* allegatis, eam amplexi ſunt opinionem, teſtamentum hodie, filiô ſub caſuali conditione inſtitutô, nullum ampliùs haud eſſe, ſed illud, rejecta ſaltem conditione, usque ad legitimam valere, ita ut, quemadmodum explicat Schilt. *cit. exerc. tit. de cond. inſtit. §. 99.* inſtitutio filii pro pura, quantum ad legitimæ quantitatem, habeatur, adjectáque conditio tollatur ipſo jure velut gravamen legitimæ, valeátque filius ſtatim ex teſtamento adire hereditatem, non impleta aut exſpectata conditione, quippe lege ſublata, ſed tantùm quoad legitimam: quòd ſi ultrà legitimam quid petat, exceptione non exiſtentis conditionis repelletur, prout in ſimili conſtituit Imperator in *l. 36. §. 1. Cod. de inoff. teſt. Reliquum autem, quod poſt legitimam portionem reſtat, tunc reſtitui, quando teſtator diſpoſuit.* Atque huic ſententiæ favere videtur I. quòd ex omnium ſententia filius in legitima purè inſtitutus, in reliquis ſub qualibet conditione poſſibili poſſit inſtitui: cùm pater filio juxta legitimam aliquid dare non teneatur; ergo cùm hodie gravamen, quantum ad legitimam, ipſo jure tollatur, & proinde pro non ſcripto & irrito habeatur, atque ſi legitima purè & ſinè onere relicta foret, cauſa nulla apparet, cur in cæteris bonis inſtitutio ſub conditione facta corruat, & non perinde, ùt in caſu priore, ſubſiſtat. II. Poteſtativa conditio liberis adſcripta ſaltem à legitima rejicitur, in reliquis ultra legitimam datis ſuſtinetur; cur non idem in caſuali & mixta dicendum? III. Poſtquam Imperator in *l. 32. Cod. d. tit.* omnem conditionem aut dilationem à legitima rejecit, eámque ùt purè & ſinè onere datam haberi voluit, facilè apparet, inſtitutionem con-

conditionalem non tantùm ſui heredis, ſed cujuscunque alterius, cui legitima debetur, amiſiſſe naturam priſtinam, & ita inſtitutionem, quantum ad legitimam attinet, pro pura & valida habendam eſſe. IV. Satìs ex *l. 30. princ. Cod. eod.* colligitur, Imperatorem id, quod de detrahenda à legitima conditione & mora in *d. l. 32.* conſtituit, pleniſſimè conſuluiſſe morientium voluntatibus, eámque conſtitutionem non modò ad excludendam querelam inofficioſi, ibi: *in caſibus, quibus de inofficioſis defunctorum teſtamentis*, ſed etiam ad omnem illum caſum, quo alio quovis modo eorum voluntas ſubverti poterat, pertinere voluiſſe: nulla ergo probabilis ratio proferri poteſt, quò minùs, quod olim in legitima titulo particulari relicta obtinuit, id non etiam obtineat in legitima jure Novellarum titulô inſtitutionis relinquenda.

57 Sed verior nobis Bachov. Fachin. Struv. *citt. locis* Cocceji *jure controv. lib. 28. tit. 7.* qui hodiéque filio ſub caſuali conditione inſtituto teſtamentum nullum eſſe pronunciant, ſententia ex ſequentibus argumentis videtur. I. Quod hodie per *Nov. 115. cap. 3.* filius in legitima neceſſariò inſtituendus vel exheredandus ſit; ſed inſtitutus ſub conditione caſuali, quæ deficere poteſt, non eſt neceſſariò inſtitutus, neque in caſum defectæ conditionis exheredatus; ergo. II. Olim inſtitutio ſub conditione caſuali habebatur pro præteritione *arg. l. 4. Cod. de inſtit. & ſubſtit.* id hodie nullibi mutatum reperitur; ergo. III. Abſurdum eſſe videtur, ut hodierno jure, quo plus honoris liberis tributum, & legitima iis titulo inſtitutionis relinquenda eſt, inſtitutionem eorum ſub caſuali conditione factam ùt validam defendamus, quæ tamen antiquis legibus, quibus legitimam titulô quôvis particulari relictam eſſe ſuffecerat, nullius momenti habebatur: cùm tamen Juſtinianus ubique hoc egerit, ut liberorum conditionem meliorem, non deteriorem, quàm legibus veteribus erat, efficeret.

58 Unde ad argumenta contraria & quidem ad I. III. & IV. reſpondemus, quod ex *l. 32. & l. 36. §. 1.* profertur, conditionem

nem legitimæ adjectam pro non adſcripta haberi, id univerſaliter verum non eſſe, atque hactenus adverſæ ſententiæ Fautores, hanc regulam ſinè reſtrictione capientes, graviter falli; cùm in eo ſaltem caſu id Imperator conſtituerit, quo teſtamentum validum eſt, adeóque quo filius vel in legitima, ſed non integra inſtitutus, vel datâ ei legitimâ, ſed per conditionem, aliúdve onus gravatâ, exheredatus eſt, atque ita teſtamentariæ formæ, quæ præcipuè in inſtitutione vel exheredatione liberorum conſiſtit, ſatisfactum: quia leges antiquæ hoc tantùm cavebant, ne filius præteriretur, de reliquo parùm intereſſe, exiſtimabant, an inſtitutus vel exheredatus eſſet *princ. inſt. de exhered. liber.* poterátque etiam filius optimus exheredari à patre, ut nec querelam haberet, modò pater ei legitimam dediſſet, quocunque demum titulô *l.8. §.6. & 8. ff. de inoff. teſt.* quòdſi minus ea portione filio vel exheredato, vel etiam inſtituto datum eſſet, aliud quàm querelæ remedium ei non ſupererat *d. l.8. §.6. & 14. ff. l.32. Cod. eod.* Ne ergo tam facilè impoſterum tot teſtantium judicia ſubverterentur, medius interceſſit Juſtinianus, cavítque, ut ſalvîs teſtamenti tabulîs, ſi quid minùs legitimâ relictum eſſe appareat, id ex reliquis teſtatoris bonis ſuppleretur, omnísque conditio, dilatio aut aliud quodvis gravamen legitimæ adjectum pro detracto haberetur, legitimámque purè & ſinè omni onere filii conſequerentur. Quin ulteriùs progreſſus Imperator in *Novell. 115. cap.3.* exauctoratâ juris veteris licentiâ, & quidem ad valorem teſtamenti abruptè conſtituit, ut non alio, quàm inſtitutionis titulo parentibus fas eſſet liberis ſuis, qui non juſta ex cauſa exheredationem meruerint, legitimam relinquendi. Ex quibus adeò manifeſtum eſt per allegatos textus, qui ex ſuppoſito teſtamenti per ſe validi, & unicè per querelam reſcindendi, diſponunt, intentionem Adverſariorum minimè probari, aut id evinci, ut inſtitutio ſub conditione caſuali perpetrata, quæ omnibus retrò juribus pro nulla & teſtamentum vitiante reputabatur, nunc pro valida habenda eſſet.

59 Ad II. Exeo disparitas elucet, quòd institutio filii sub potestativa conditione nunquam fuerit reprobata, sed saltem jure Codicis tanquam gravamen, quantùm ad legitimam, rejicitur, quo remoto filius purè in legitima institutus censetur: at institutio sub conditione casuali vel mixta effectu juris pro præteritione habetur, neque hactenus quidquam jure Codicis immutatum. Sed quid de legatorum valore, scriptô sub casuali conditione filiô, censendum? Stryck. sæpè *cit. tract.* contendit, legata & omnia in testamento scripta corruere: ad hunc enim casum non putat pertinere *Nov. 115.* utpote quæ legata tantùm in casu præteritionis vel iniquæ exheredationis conservat: unde in reliquis casibus meritò vult esse standum jure veteri, quod regulam communem: sublato principali, accessorium quoque tolli, pro fundamento habet. Verùm nos cum Sichardo ad *l. 4. Cod. de inst. & substit.* Schiltero *dict. Exercit.* & aliis non capimus, ut præteritio incerta & dubia, qualis institutio sub conditione casuali habenda, majorem quàm absoluta testamentis jacturam inferat: cùm ergo hæc solam institutionem sive testamentariam successionem vitiet, reliqua testamenti capitula non evertat, nihilô plus operari potest præteritio sub conditione facta.

60 Denique ad formam addendum est, institutionem liberorum fieri posse vel testamentô solenni, vel minùs solenni: cùm voluntas patris hactenus à legibus privilegiô aucta sit, ut, omisso etiam solennitatum apparatu, inter liberos legitimè ac perspicuè declarata vim ac robur testamenti obtineat. Cujus privilegii rationem partim collocant in reverentia & pietate, quam liberi parentibus debent, ut verecundiæ eorum daretur, si voluntatem parentum, etsi minùs solennem, non agnoscerent: sicut enim persona, sic & voluntas parentum semper honesta, & sancta liberis videri debet *l. 9. ff. de obseq. parent.* & non minima pietatis pars est, voluntatem parentum, etsi minùs perfectam, exequi *l. 38. ff. de fideicommiss. libert.* partim in affectu parentum erga liberos, ob quem præsumuntur juxta illorum merita optimè in singulorum persona dispo-

ſpoſuiſſe. Verùm ſi aliàs unquam, certè hìc curatiorem Triboniani diligentiam deſideres, qui eâ oſcitantiâ vel retulit, vel concepit leges ad hoc argumentum pertinentes, ut vix aliud juris caput occurrat, tot contrariis Doctorum interpretationibus magìs impeditum. Nec tamen ea res abſterret, quò minùs vadum tentemus, quídque nobis in dubio hoc argumento veroſimillimum videatur, in medium proferamus.

Præprimis autem ad faciliorem rei intellectum è re eſſe 61
arbitror, hiſtoriam, progreſsúmque conſtitutionum, quæ circa hanc rem emanârunt, ordine ſuo recenſere. Prima videtur fuiſſe Diocletiani & Maximiani in *l. 16. C. famil. erciſc.* ubi jubent Impp. ut, etſi judicium patris tam circa teſtamentum, quàm circa codicillos deficiat, ſi tamen quibuscunque verbis voluntas ejus declarata ſit, licèt ei ab inteſtato fuerit ſucceſſum, nihilominùs arbiter familiæ erciſcundæ voluntatem patris ſequi teneatur. Altera Conſtantini Magni eodem penè tenore in *l. fin. C. eod.* extat conſtitutio, quâ cautum eſt, ut inter liberos non tantùm ſuos cujuslibet gradûs, paris tamen ſucceſſionis, ſed & emancipatos quælibet patris voluntas ſeu teſtamentô ſolenniter cœptô, nondum tamen quoad ſolennitates impletô, vel codicillô, ſeu epiſtolâ, quibûscunque non tantùm verbîs, ſed & indiciîs ſive ſignîs & notîs explicata, licèt ab inteſtato liberi ad ſucceſſionem vocentur, ſervari, & cuſtodiri debeat; ita tamen, ut ſi aliis præter liberos quid relictum fuerit, teſtamentum quoad perſonas extraneas immixtas pro nullo eſſet. Tertiò Theodoſius in *l. 21. §. 1. C. de teſtam.* jus hoc ſingulare parentibus auxit, & ad matrem quoque, nec non, utì hoc explicat Juſtinian. in *præfat. Nov. 107.* ad aſcendentes utriusque ſexûs produxit. Quartò de ſimplici parentum inter liberos extra formam teſtamenti, id eſt, non per heredum inſtitutiones, facta bonorum diviſione in *Nov. 18. cap. 7.* & deſumpta inde *auth. ſi modo C. famil. erciſc.* Juſtinianus decrevit, ut ſcriptura hujusmodi eo demum modo rata ac firma ſit, quæ vel ipſius parentis, vel

liberorum omnium, inter quos partitio fit, ſubſcriptione munita appareat.

62 Cùm autem ex permiſſione & immoderata quadam licentia parentibus conceſſa, ut videlicet eorum diſpoſitiones ex qualibet ſcriptura, & quibuscunque indiciis, ſignis, & conjecturis non manifeſtis apparentes pro lege cuſtodiendæ eſſent, ad tantam deveniretur obſcuritatem, ut in explanandis ac colligendis defunctorum voluntatibus, divinatoribus potiùs, quàm interpretibus opus eſſet, ut vel hinc quotidie controverſiæ enaſcerentur, quæ novum legis auxilium expoſcerent *Nov. 107. in præfat.* Hinc idem Imp. omnia clara & aperta volens conſiſtere, quintò in *cit. Nov. cap. 1.* & ſubjunctis *l. 21. C. teſtam.* duabus *authenticis quod ſine*, & *auth. hoc inter* certam formam hujusmodi parentum ſcriptis diſpoſitionibus præſcripſit, & priores Conſtantini & Theodoſii conſtitutiones uno alteróve caſu emendavit, ac l. cavit, ne inpoſterum qualiscunque ſcripta diſpoſitio inter liberos pro valida haberetur, quàm quæ plenis literis ſinè ſignis, aut abbreviaturis à parentibus propriô chirographô exarata eſſet, quæque tempus teſtamenti facti, nomina liberorum, & portiones hereditatis exprimeret. Dein II. cùm anteriorum Impp. conſtitutionibus extraneæ perſonæ tali teſtamento relictum nullius momenti eſſet, ſed id liberis accreſceret, Juſtinianus quoque legata & fideicommiſſa exteris dari permiſit, ut tamen hæc non ſcripta ſolùm, ſed etiam coram teſtibus dicta ac nuncupata ſint. Quæ ita paulò generaliùs, ac velut compendio dicta, paulò explicatiùs exequamur.

63 Patri igitur & matri, nec non utriusque ſexûs aſcendentibus hanc remiſſiorem inter liberos ſuos teſtandi facultatem à Theodoſio tributam eſſe conſtat *d. l. 21.* §. *1.* junct. *Nov. 107. in præfat.* ita, ut hi non modò nepotes, qui remotô filiô primum ſucceſſionis locum occupant, ùt quidam reſtrictè, nec improbabiliter in theoria volunt *arg. l. fin. C. famil. erciſc.* ſed & eos, quos filii præcedunt, heredes ſcribere, vel alio modo quid eis relinquere non prohibeantur: quoniam liberorum

rum nomine, inter quos hoc privilegium obtinet, ſecundùm propriam ſignificationem veniunt quoque nepotes & pronepotes *l. 220. ff. de V. S.* nec adeò pro extraneis, quales Imp. in *Nov. 107. cap. 1.* memorat, haberi poſſunt. Accedit, quòd jam Imp. Conſtantinus in *d. l. fin.* hoc aſcendentibus reſpectu nepotum, qui primum gradum obtinent, privilegium dederit: cùm ergo id poſteà Theodoſius in *l. 21. §. 1.* auxerit, & indiſtinctè ad aſcendentes utriusque ſexûs produxerit, veroſimile eſt, eos etiam tum hac prærogativa gaudere, ſi nepotes proximè iis non ſubjiciantur. Objecta *l. fin.* non de diſpoſitione teſtamentaria, ſed diviſione ab inteſtato inter liberos facta loquitur, quo ſanè caſu pater inter alios bona ſua dividere nequit, quàm quibus jure ſucceſſionis debentur; at in teſtamento laxior aſcendentibus poteſtas non videbatur deneganda. Caveat tamen, monente Stryck. de *caut. teſtament. cap. 10. §. 17.* hoc caſu avus, ut liberis primi gradûs ſalva ſit legitima. Ita cum Stryck. ſentiunt Lauterb. *Colleg. Pand. tit. de teſtam. milit. §. 26.* Voët. *tit. qui teſtam. fac. poſſunt n. 15.* Carpzov. *part. 3. conſt. 4. def. 16.* & DD. communiter.

Subjectum conſtituunt liberi, qui ſoli hoc teſtamento 64
heredes inſtitui poſſunt. Num etiam reſpectu adoptatorum & naturalium hoc tale patris teſtamentum conſiſtat? inter DD. non convenit. Quoad priores, adductô reſponsô, affirmat Stryck. *cit. tract. §. 6.* Zoëſ. ad *tit. qui teſtam. facer. num. 86.* eo quòd & hi, licèt ab extraneo adoptati ſint, jure ſucceſſionis ab inteſtato potiantur *l. 10. §. 1. C. de adopt.* adeò, ut etiam parentes defuncti excludant *l. 2. §. 6. ff. ad SC. Tertull.* ídque in arrogatis eò magìs videtur admittendum; cùm hi neceſſariò vel inſtituendi, vel exheredandi ſint *d. l. 10. §. fin.* Quò facere videtur, quòd vi *l. ult. C. famil. erciſc.* ex imperfecto parentum teſtamento magìs ab inteſtato ſuccedatur, adeóque omnes hoc modo rectè inſtituantur, qui ab inteſtato ſuccedunt. Negativam propugnant ſupra laud. Lauterb. Coccejus *jure controv.* ex ratione, quòd lex in hoc privilegio videatur tantùm ſpectâſſe naturam in utroque paren-

te communem, non jus ſolius patris proprium *arg. Nov. 107. in præfat.* ibi: *aſcendentes utriusque naturæ:* cùm & matri idem privilegium tribuatur, quæ tamen adoptivos habere nequit. Denique ſub liberis ſimpliciter nominatis regulariter liberi legitimi tantùm non comprehenduntur *arg. l. 8. pr. ff. de in jus vocan.* junct. *l. ult. C. de his, qui ven. ætat.* Quid nos? priorem ſententiam æquiorem eſſe putamus.

65 In naturalibus tantùm communior & verior ſententia habet, patris diſpoſitionem non ſuſtineri, præſertim ſi patri liberi exiſtant legitimi, quibus minimè naturales, ceu extranei heredes adjungi poſſunt; & facit, quòd *l. fin. C. famil. erciſc.* tantùm loquatur de ſuis & emancipatis, qui ab inteſtato ſuccedunt, quod non competit naturalibus. Dein liberorum nomine non intelliguntur naturales & ſpurii, ſed tantùm, qui ex juſtis nuptiis procreati, vel ſaltem pro talibus habentur *l. 2. §. 3. ff. de excuſ. tut.* Filius enim propriè dicitur, qui ex viro & uxore ejus naſcitur *l. 6. ff. de his, qui ſui vel alien. jur.* utì pater, quem juſtæ nuptiæ demonſtrant *l. 5. ff. de in jus vocan.* nec ratio, aut favor ullus parentum militat, ut privilegium, quod aliàs ex natura ſua ſtrictæ interpretationis eſt *l. 14. ff. de ll.* ultra terminos ſuos & propriam vocis poteſtatem extendamus Stryck. *cit. tract. §. 5.* Voët. *d. l. num. 16.* Zoëſ. *num. 69.* Gail. *lib. 2. obſ. 112. num. 18. & 19.* qui hanc ſententiam communem teſtantur. Diſſentit Salicet ad *l. fin. C. famil. erciſc.* Gomez ad *l. Tauri 3. num. 54.* In matre ſanè omnes facilè concedunt, eandem inter naturales & ſpurios hoc modo teſtari poſſe: cùm enim ejus reſpectu omnia legitimorum jura obtineant, ac perinde, ùt hi, eidem ab inteſtato ſuccedant *l. 2. ff. unde cognat. §. 3. Inſt. de SC. Orphit.* adeóque extraneorum loco haberi nequeant, ratio non apparet, cur in matre hoc privilegium, eidem generaliter conceſſum, ad ſolos legitimos reſtringatur. Exceptio communis profertur in matre illuſtri, ſi ei ſoboles legitima exiſtat, quæ tum ſpuriis nec teſtamento quidquam relinquere, nec hi inteſtatæ matri ſuccedere poſſunt *l. 5. C. ad SC. Orphit.* De natis ex coitu damna-

mnato, quos ab omni parentum ſucceſſione leges repellunt, hìc dicere ſupervacuum eſt.

Aliis extra liberos, adeóque nec patri & matri (nec enim 66
privilegium hoc teſtandi reciprocum eſt) & ſi quæ aliæ perſonæ ſunt conjunctiſſimæ, nihil hôc teſtamentô relinqui poſſe, ſuprà monitum eſt, ſed portio illa pro non adſcripta habetur, & liberis accreſcit *d. l. 21. §. 1. d. l. fin. & Nov. 107. cap. 1.* ut ne quidem ſummo Principi quidquam ex tali teſtamento debeatur *l. 23. ff. de leg. 3. l. 3. C. de teſtam.* niſi hujusmodi legatum perſonæ extraneæ adſcriptum inſuper coram teſtibus nuncupatum ſit. Duos plerique cum Carpz. *part. 3. conſt. 4. def. 19.* Lauterbach. *cit. loc. num. 30.* Struv. *Exercit. 32. theſ. 19.* Harpprecht. *diſp. de admixt. perſon. extran. theſ. 25.* Voët. *cit. loc. num. 16.* ajunt ſufficere: quia ubi teſtium numerus definitus non eſt, totidem ſufficiunt *l. 12. ff. de teſtib.* adeóque *l. ult. §. ult. C. de Codicill.* generatim quinque teſtes in omni ultima voluntate requirentem, putant officium ſuum perdere in teſtamento parentum inter liberos. Alii cum Schiltero *Exercit. 38. theſ. 125.* Pagenſtech. *Irneri. injur. vapul. Coitione 1.* inter nuncupativum, & ſcriptum parentum teſtamentum diſtingunt, in illo duos, in hoc nullos teſtes exigunt; cùm enim, ùt infra dicetur, parentes absque omni teſte teſtamentum ſcriptum inter liberos condere poſſint, conſequens eſſe volunt, ut & legata inibi relicta, ceu acceſſoria ſui principalis naturam ſequantur. Unde volunt, quod in *Nov. 107. cap. 1.* ait Imp. *& hæc propriâ ſcripta manu dictáque*, rectiùs disjunctivè legi *dictáve*, hoc eſt, nuncupativè facta coram teſtibus quotcunque ſcilicet, atque adeò ſaltem duobus.

Sunt, qui contendunt, ſaltem extranei heredis inſtitu- 67
tionem in hoc teſtamento, non etiam legata prohiberi, quæ ſi in teſtamento ſcripto relicta ſunt, ſinè omni teſtimonio conſiſtent: cùm par ſit, ut acceſſorium ſequatur naturam ſui principalis, ídque non jam primùm poſt conſtitutionem Juſtiniani fuiſſe permiſſum, ſed etiam ævô Theodoſii obtinuiſſe: unde, quod hìc Imp. in *d. l. 21. §. 1.* ait: *ſi verô in hujusmodi*

di voluntate liberis alia ſit admixta perſona, voluntas quoad illam duntaxat perſonam pro nulla habeatur, ſic interpretantur, quòd ſaltem extranea perſona nequeat inſtitui ùt coheres; quia non cenſetur miſceri heredibus liberis, niſi, qui etiam heres eſt; nec cum proprietate quisquam dixerit, legatarios heredibus eſſe mixtos. Adde, quòd quia teſtes in *dict. Nov.* ideò probabiliter requirantur, ut omnis abſit fraudis ſuſpicio, & certò de voluntate patris liqueat, hinc etiam absque teſtibus, ſi voluntas parentum manifeſta ſit, liberi eam ſequi, & legata ob reverentiam parentibus debitam præſtare teneantur, Struv. *Exercit. 32. lib. 28. tit. 1. §. 19.* cum pluribus ibidem allegatis.

68 Verùm contra primam ſententiam eſt, quòd aut duo illi teſtes ſupra ſcripturam requiruntur probationis, an ſolennitatis gratia? non illud; quia probatio utì inter liberos, ita quoad extraneos ſolâ ſcripturâ plenè perficitur: non hoc; quia paradoxum in jure foret, duos teſtes ſolennitatis causâ in actu ultimæ voluntatis adhiberi. Adversùs ſecundam militat, quòd totus Novellæ contextus de ſcripto parentum teſtamento conceptus ſit, nec ullum nuncupativi veſtigium ibi appareat, ut adeò, quod ad formam legati extraneo validè relinquendi ibi requiritur, ad nuncupativum per ſubauditos ſenſus trahere planè divinatorium ſit, & ab interpretationum regulis alienum, miniméque cum ſequentibus *Nov.* verbis: *quoniam omnia in diſpoſitione poſita ipſi & ſcripſerunt, & volunt valere*, cohæreat. Nihil ut dicam, hanc Schilteri interpretationem vim inferre textui, propriámque vocis ſignificationem citra ullam probabilem cauſam ad improprium ſenſum detorquere, quod, niſi analogia juris & abſurdi evitandi neceſſitas expoſcat, non temerè eſt admittendum.

69 Tertia ſententia ex eo dubii valoris redditur, quòd ita perperam Juſtinianus in *Nov. 107. cap. 1.* formam huic legato præſcripſiſſet, Irnerius fruſtra in *auth. quod ſinè ſubſcriptione Cod. de teſtam.* mentionem de legatis ſubjeciſſet. Vana quoque erit omnium DD. diſputatio, an *Auth.* Irnerii, nullam ad valorem legatorum teſtium fidem requirentis, fonti ſuo, id eſt,

eſt, *Nov. 107.* correſpondeat? Et ſanè, ſi perſonæ extraneæ immixtio in *l. ult. C. famil. erciſc.* non poteſt de heredis inſtitutione intelligi; cùm ibi non agatur de ſucceſſione ex teſtamento, ſed de ſimplici ab inteſtato diviſione; cur eadem phraſis in *d. l. 21. §. 1.* heredis inſtitutionem neceſſariò importet, & minùs propriè de legatis prædicari poſſit? Subjunctæ rationi ſua demum probandi vis ineſſet, ſi in aprico foret, ſolam ſcripturam ad legati valorem ſufficere. Verùm quoniam in hoc ipſo præcipuè lis vertitur, quin magìs contrarium ex verbis *d. Nov. 107.* non obſcurè eruitur; hinc voluntatem parentis quoad extraneos piè quidem exequuntur liberi, ſed eandem implere minimè coguntur *arg. l. 38. ff. de fideicommiſſ. libert.* Adde Stryck. *§. 21.* ubi plures allegat, qui ſententiam communem eſſe teſtantur, ut ne quidem legatum coram quinque teſtibus relictum finè ſcriptura valeat, quod tamen cum Stryckio non probamus.

Magìs igitur non paucis, & verbis Novellæ, & Impe- 70
ratoris menti conformius dicendum videtur, legata extraneis hoc teſtamento adſcripta aliter non valere, quàm ſi coram quinque teſtibus, aliàs ad omnem ultimam voluntatem requiſitis, prolata, nuncupatáque eſſent: neque enim ulla probabili ratione intelligi poteſt, cur teſtium numerus in *Nov. 107.* non definitus, magìs de duobus juxta *l. 12. ff. de teſtib.* & non potiùs ſecundùm *l. fin. C. de Codicill.* tanquam textum ſpecialem, & ad hanc materiam pertinentem, explicari debeat?

Sed ais, ſi legata extraneis relicta poſt *Nov. 107.* aliter, 71
quàm coram quinque teſtibus non conſiſtant, nihil novi Juſtinianus conſtituit, cùm antè, eáque legislationis tempeſtate, qua Theodoſius in *d. l. 21. §. 1.* perſonam extraneam huic teſtamento immiſceri prohibuit, non potuerit legatum extero alicui hoc modo relictum non conſiſtere *l. ult. C. de Codicill.* Equidem & hoc ſi daremus, quid abſurdi? Id ſaltem feciſſe dicemus Juſtinianum, ut, cùm anteriores Impp. conſtitutiones generaliter, ac ſinè limitatione perſonam extra-

neam ab hoc teſtamento penitus excludi, & ſi quod ei legatum adſcriptum eſſet, liberis accreſcere voluerunt *d. l. 21. §. 1.* jam ejus quoque facultas per Novellam patere videretur, ùt id exprimit Irnerius in *auth. quod ſinè ſubſcriptione C. de teſtam. in quo & aliis legari, & fideicommitti poteſt*, eo tamen modo ac moderamine, ut quæ hujusmodi perſonæ hoc teſtamento relinquuntur, coram teſtibus quoque nuncupentur: cùm enim teſtes huic teſtamento nulli ſubſcribant, oportet ſanè ea, quæ ſinè teſtium interventu ſubſiſtere nequeunt, coram iis palam enunciari, eorúmque teſtimonio roborari, tot, inquam, quot aliàs ad quamlibet non privilegiatam ſupremæ voluntatis ſpeciem deſiderantur *l. fin. §. 1. C. de Codicill.* Manet ergo hodiéque verum, nullum poſſe extraneum teſtamento huic admiſceri; quoniam ſola ſcriptura minùs ſolennis, quæ inter liberos tantùm valet, extero necquidquam proficit, ſed quæ ejus in favorem ibi fit diſpoſitio, aliunde videlicet à teſtium fide & ſolennitate vigorem ſuum recipere debet, ita manifeſtè ſtatuente *Nov. & l. 21. §. 1.* ut, lta, quod aliàs pro regula obtinet, valorem acceſſorii ex valore ſui principalis deſumendum eſſe, minimè hìc procedere valeat. Unde jam ſupervacaneum cenſemus operosè inquirere, an *d. auth.* quæ ſinè ulla teſtium mentione legata hoc teſtamento relicta ſimpliciter valere aſſerit, cum fonte ſuo, id eſt *Novell. 107.* cohæreat, an ab illa diſcordet? Si enim hac mente id ſcripſerit Irnerius, ut ſolam voluerit ſufficere ſcripturam, authenticam ab authographo ſuo diſſonam dicemus. Si eo id fecerit conſilio, ut *d. l. 21. §. 1.* legata extraneis relinqui indiſtinctè prohibenti, ex jure Novellarum limitationem ſubjiceret, nihil eſt, quod authenticarum Authori improperari poſſit, utqui eo loco, num teſtes neceſſarii ſint, & an præter ſcripturam etiam lingua teſtatoris requiratur? non diſputat, ſed id ſinit ex ipſa Novella peti: cùm ipſi ſuffecerit, obiter indigitâſſe, jure Novellarum *d. l. 21.* quoad legata limitatam eſſe.

72 In tanta ſententiarum varietate, dubiáque legum interpretatione, quarum quæque ſuîs non caret rationum momentîs,

tîs, nôs medios arbitros non ſtatuimus, ſed id unum addimus, ſententiam illam, quæ duos ſaltem teſtes ad legati adſcripti valorem deſiderat, teſte Harpprecht. *cit. Tract. §. 56. num. 9.* & Mev. *part. 2. lib. 1. artic. 2. num. 34.* praxi communiter receptam eſſe: quamquam idem Harpprecht. fateatur, ſententiam, poſtremo nobis loco adductam, veritati theoreticæ eſſe conformiorem. Verùm, ùt prudenter Stryck. *cit. Tract. cap. 10. num. 24.* monet, cùm hìc non de probatione, ſed de ſolennitate teſtamentaria agatur, improvidus certè teſtator erit, ſi pauciores, quàm quinque teſtes adhibeat: quæ enim de ſententiis communibus, & in praxi receptis, vulgò traduntur, non adeò perſpicua ſunt, ut non inſtantias plures patiantur. Unde qui cautè teſtari cupit, ſoli huic traditioni inhærere nequit. Illud ſanè dubio procul eſt, extraneos in tali teſtamento heredes minimè poſſe inſtitui, licèt vel maximè quinque teſtes adhiberentur, ſed vitiata eorum inſtitutione voluntas parentum quoad ſolos liberos ſuſtinebitur. Struv. *§. 19.* Stryck. *§. 23.* Cauſæ verò piæ relictum, cùm ex conſtanti Germaniæ praxi nullam ſolennitatem deſideret, hinc etiam eadem probatione, qua ipſa inter liberos diſpoſitio, ſuſtinetur, id eſt vel ſolâ ſcripturâ, vel duobûs teſtibûs Tyraquell. de *privileg. piæ cauſæ. priv. 28.*

Forma teſtamenti hujus alia interna eſt, alia externa: 73
prior conſiſtit in heredis inſtitutione, ſinè qua nulla teſtamenti ſpecies ſubſiſtere poteſt, & per quam hoc teſtamentum ab aliis parentum diſpoſitionibus, quibûs fortè res ſuas ab inteſtato inter liberos dividunt, vel codicillîs legata & fideicommiſſa relinquunt, diſtinquitur. Liberi autem omnes heredes inſtituendi ſunt *arg. Nov. 107. cap. 1.* ibi: *ſcripſerit eos heredes*: quamquam enim aliàs ſolennitates juris civilis in parentum teſtamento remiſſæ ſint, non tamen putandum eſt, hactenus quoque Imperatorem in diſpendium liberorum id relaxâſſe, ut ne his portionem ſuam honorabilî inſtitutionis titulô dari neceſſe ſit. Certè hoc diſertè in *Nov. 115. cap. 3.* ac generaliter ad valorem teſtamenti cautum, quod cum Zoëſ.

ad *ff. tit. qui teſtam. facer. poſſ. num. 62.* Sichard. ad *d. l. 21.* & aliis paucis diſſentientibus, ad ſolennia parentum teſtamenta minimè reſtringi poteſt Gail. *l. 2. obſerv. 112. num. 10.* Stryck. *cit. cap. 10.* Cæterùm parentibus fas eſt, æqualibus vel inæqualibus portionibus liberos ſuos inſtituere, modò cuique liberorum ſalva ſit legitima; cùm liberi voluntati paternæ ex reverentia eidem debita acquieſcere teneantur. Quod& ipſum Imp. in *Nov. 107.* non obſcurè ſignificat: dum enim vult uncias ſpecialiter à teſtatore exprimi, neceſſariò videtur ſupponere, bona inter liberos præter legitimam inæqualiter poſſe diſtribui. Et facit, quòd aliàs privilegium hoc parentibus inutile efficeretur, dum aliàs liberi ipſa lege æqualiter ab inteſtato ad ſucceſſionem vocantur, nec expedit elogiô ſupremô caveri ea, quæ ſinè ulla hominis voluntate ex ipſo jure futura ſunt Voët. *cit. loc. num. 15.*

74 Exheredationem quoque ingratorum liberorum hoc teſtamento parentibus non negatam eſſe Stryck. *d. cap. 10. §. 18.* Lauterbach. *Colleg. Pand. lib. 29. §. 31.* & alii non pauci ſuſtinent, eòquòd Imp. in *præfat. Nov. 107.* velit morientium voluntates omnibus modis inter filios tenere, adeóque & ingrati exheredationem: neque enim talis favore dignus eſt, & parentum quoque authoritati, quorum præcipuè in favorem hoc teſtandi privilegium introductum eſt, conſulendum: iniquum enim videtur, ut pater vel ingratum inſtituere, vel cùm juſtè id nolit, propter eum privilegii ſui uſu in teſtando carere debeat. Cùm ergo de omni parentum teſtamento dicatur, liberos vel inſtituendos, vel nominatim exheredandos eſſe *l. 30. ff. de liber. & poſth.* non eſt, cur in hoc teſtamento ſinè aperto textu exceptionem ſtatuamus. Plur. Rev. Clariſſ. ac Conſul. D. Collega P. Placid. Böckh *lib. 3. Dec. tit. 26. §. 3. num. 30.* In contrarium abeuntes Voët. *cit. loc. num. 17. in fin.* Struv. *d. Exercit. 32. theſ. 19. in fin.* Zoëſ. *num. 63.* Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Collega D. Peregrini ad *Inſt. tit. de teſtam. milit. n. 6.* allegant, quòd hoc teſtamentum videatur ad ſimilitudinem ſimplicis, quæ antè obtinuit in *l. 16. & ult. C. famil. erciſc.* inter hi-

liberos bonorum diviſionis fuiſſe introductum, adeóque non magìs in hoc, quàm in illa liberorum aliquem præteriri, vel exheredari poſſe. Unde quoque eſſe videtur, quòd textus, qui hoc parentibus privilegium indulgent, inſtitutionis duntaxat mentionem faciant, unciarúmque quantitatem, in quibus liberi heredes ſcribuntur, exprimi deſiderent *d. Nov. 107.* nullibi verò exheredandi licentiam impertiantur. Neque pro hac, qua liberi penitus à ſucceſſione removentur, eadem reverentiæ ratio, quæ pro inſtitutione, qua liberi fortè inæqualibûs partibus heredes ſcribuntur, militat. Denique negari haud poteſt, quin hoc privilegium etiam aliquo modo favorem liberorum, utut minùs principaliter, reſpiciat, & ùt illa antiqua diviſio, ad præcavendas inter liberos lites, ſuper familia erciſcunda facilè oriundas, receptum ſit. Cùm ergo aliàs in *l. 19. ff. de liber. & poſth.* cautum ſit, exheredationes non eſſe ulla interpretatione juvandas; neque ea in hoc teſtamento, ſtante qualicunque prudenti dubio, admittenda erit. Et addit Stryck. ſupra *cit. loc.* cùm hæc poſterior verè communis ſit opinio, vix tutò teſtator parens in tali teſtamento filium exheredare poteſt, ſed prudentiùs is aget, ſi ſolenni teſtamento id faciat: ut ut enim prior ſententia magìs juri communi conformis ſit, în conſiliis tamen alteri ſuggerendis non tam ad id, quod in Cathedra defendi poteſt, ſed magìs ad uſum fori reſpiciendum eſt, ne alter aliàs in devia ducatur.

Externa teſtamenti forma alia nuncupativi eſt, alia ſcri- 75
pti. Nuncupatio coram teſtibus ad minimum duobus, plenam fidem merentibus, peragenda eſt: cùm enim ſcriptura ſola ſinè teſtibus ſufficiat, adeóque nihilo plus, quàm plena voluntatis paternæ probatio ad hoc teſtamentum exigatur, improbabilis eorum ſententia cenſenda eſt, quæ propter *l. fin. §. ult. C. de codicill.* quinque teſtes deſiderat *arg. l. 15. C. de fid. Inſtrum.* Et quia teſtimonium non ſolennitatis, ſed nudæ probationis causâ adhibetur, nec ſpecialiter fœmina alicubi ab eo repellitur, communior & verior eſt ſententia, fœminam

quoque inter teſtes in hoc teſtamento admittendam eſſe Gail. *lib. 2. obſ. 112. num. 5.* Lauterbach. *tit. de teſtam. milit. §. 34.* Nec requiritur, teſtes ſpecialiter rogatos, aut eodem tempore fuiſſe ſimul adhibitos, ſed ſufficit, eos vel fortuitò, vel ſucceſſivè adveniſſe; ſpecialis enim rogatio & unitas contextûs in teſtibus deſiderata, ſolennitatis eſt, quæ in hoc teſtamento remittitur cit. Lauterbach. Stryck. *cit. Tract. cap. 10. §. 26.* & *cap. 12. §. 3.* in reſponſo Juridico ibidem adducto. Et quamquam Salicet in *auth. quod ſinè C. de teſtam.* Ant. Fab. *Dec. 36. error. 9.* nuncupativam inter liberos voluntatem ex eo invalidam eſſe contendant, quòd *Novell. 107.* & ex ea deſumpta authentica tantùm de ſcripto patris teſtamento loquantur; inde tamen, ùt ait Stryck. *§. 21.* non excluditur alter modus teſtamentum per nuncupationem condendi; cùm nulla cauſa proferri poſſit, quare Imperator illis tantùm conceſſerit beneficium, qui literas calleant. Et utique non eſt veroſimile, eum, qui vult ſubſiſtere voluntatem patris quocunque ſcripto declaratam, nolle ſervare voluntatem verbis coram teſtibus nuncupatam: cùm tamen jam dudum ante *l. 16. C. famil. erciſc.* cautum fuerit, judici familiæ erciſcundæ non modò voluntatem ſcripturâ, verùm etiam linguâ nuncupatam, ſequendam eſſe. Sanè ſi aliter, quàm ſcripturâ, teſtamentum inter liberos conſiſtere non poſſet, imperitè planè Imp. in *d. Nov. cap. 1.* dixiſſet: *ſi quis, literas ſciens, inter liberos ſuos voluerit facere diſpoſitionem;* cùm aliàs id liquidum foret, neminem, niſi earum peritum, hôc privilegiô gaudere poſſe. Præterea ex *d. Novell. præfat.* ſat apertè colligitur, eam tantùm accipiendam eſſe de parentibus, qui ſcripto inter liberos teſtari velint: cùm ſolùm id Imperatori fuerit propoſitum, veterum conſtitutionum, ſcripturas quasvis truncatas incertæque ſignificationis admittentium, laxitatem coërcere, certiorémque teſtandi formam præſcribere; unde fieri neceſſe erat, ut de ſola quoque ſcriptura ſuam Juſtinianus conceperit conſtitutionem, nullam ideo de teſtamento nuncupativo mentionem injiciens; quoniam de eo quidquam immutare

opus

opus non erat; cùm nihil tale metuendum fuerit; ubi nullæ ſunt notæ, non proferuntur verba dimidiata, ſed plena voluntas pronunciatur Vinn. *ſelect. quæſt. lib. 2. cap. 18.* ubi etiam ſententiam hanc certo ubique jure in foro receptam eſſe teſtatur.

Ad ſcriptum teſtamentum exigit I. Imperator in *No-* 76
vell. 107. cap. 1. ut omnes portiones, & unciarum numeri, denique tota voluntas, præſertim in illis partibus, ubi aliquid diſponitur, non ſignîs & notarum adjectionibûs, ſed integrîs verbîs & totîs literîs declarentur, ut undique clara, & indubitata voluntas patris conſiſtat. Unde cautus teſtator à ziffris, ſeu numeris arithmeticis in deſignandis partibus hereditariis abſtineat; cùm facilè hìc fraudes committi, & per leviorem ductum quantitas mutari poſſit: ideóque tale teſtamentum vitiari dicunt Matth. Coler. *deciſ. 36. num. 5.* Berlich. *deciſ. 90. num. 6.* Et quamquam DD. plerumque inter notas & abbreviaturas conſuetas ſeu intelligibiles, & non conſuetas diſtinquere ſoleant, ut hæ tantùm vitient teſtamentum, non illæ Carpzov. *part. 3. c. 3. def. 4. n. 4.* quia in prioribus ceſſare videtur ratio, quæ eſt, ut omnis obſcuritas evitetur: quoniam tamen in hoc parentum teſtamento ſpecialiter, ut plenîs literîs voluntas teſtatoris declaretur, requiritur, videri poſſet, Legislatorem quid ſingulare in hoc teſtamento diſponere voluiſſe; conſultiùs ergo teſtator ab hujusmodi etiam conſuetis abbreviaturis abſtineat, ne aliàs defuncti diſpoſitio ambiguæ controverſiæ ſubjiciatur Stryck. *d. cap. 10. §. 15.* II. Omnia liberorum nomina apponantur: unde generalis inſtitutio liberorum hoc in teſtamento periculoſa eſt, præſertim ſi quidam ex liberis, relictîs nepotibûs, poſteà decedant; quamquam enim aliàs liberorum nomine etiam nepotes intelligantur *l. 220. ff. de V. S.* quia tamen hìc inſtitutio heredum ſpecificè, & cum certa nominum determinatione fieri debet, nepotes non ſpeciatim expreſſi agnaſcendo rumperent teſtamentum Stryck. *cit. loc.* III. Denique tempus conditi teſtamenti exprimendum eſt, hoc eſt,

ùt

ùt communiter DD. declarant, non annus tantùm, ſed & menſis & dies: quamquam enim aliàs teſtamentum ſinè die & conſule conſiſtat Sichard. ad *cit. auth. quod ſinè.* id tamen in hoc teſtamento ſpecialiter ab Imperatore requiſitum eſt, ut videlicet pluribus teſtamentis repertis liquere poſſit, quodnam prius, quod poſterius, eóque apertiùs de voluntate teſtatoris appareat Carpz. *part. 3. conſt. 4. def. 17.*

77 Præterea IV. requiritur, ut teſtator vel ipſe totum teſtamentum propria manu ſcripſerit, vel ab alio exarato ſubſcripſerit. In priore caſu communiter traditum eſt, aliam teſtatoris ſubſcriptionem neceſſariam non eſſe; cùm & illa in aliis teſtamentis holographis remiſſa ſit *arg. l. 28. §. 1. C. de teſtam.* ídque videatur clarè expreſſum in *auth. quod ſinè C. de teſtam.* Verùm præterquam, quòd quidam cum Pagenſtecher ad *cit. auth. §. 9.* Irnerium non de ſubſcriptione teſtatoris, ſed teſtium interpretentur, tum etiã ex omiſſa teſtatoris ſubſcriptione, ſi neque ulli teſtes adhibiti ſint, neque etiam à patre expreſſum, quòd hôc, utut minùs ſolennî modô inter liberos teſtari voluerit, facilè dubium oriri poteſt, an non hæc nuda, & informis ſchedula, vulgò ein Concept, vel affecta magìs, quàm perfecta diſpoſitio habenda ſit, atque Imperator diſertè in *Nov. 107. cap. 1.* exigat, teſtatoris literis omnia ſic declarari, ut nulla ulterius contentio filiis derelinquatur, hinc ex conſilio Stryck. *cit. cap. 10. §. 19.* providus teſtator vel teſtes duos adhibeat, qui ejusdem voluntati ſubſcribant, vel viris fide dignis hanc ſuam ultimam voluntatem commendet, quorum teſtimonio ejusdem ſeria & enixa diſpoſitio probari poſſit. Addit præterea cit. Author, ex loci qualitate, quo hæc ſcriptura repoſita reperitur, de ejusdem quoque valore præſumptionem capiendam eſſe. Dictum præterea, vel ab alio ſcripto *ſubſcripſerit:* num verò ſubſcriptio generalis, ſeu ſimplex nominis appoſitio ſufficiat, an ſpecialis requiratur, qua teſtator declaret, ſe hanc diſpoſitionem ſuprà ſcriptam legiſſe, eámque ſua ſubſcriptione approbâſſe? rurſus inter DD. non convenit. Plerique cum Lauterbach. de *teſtam. milit. §. 32.*

Pantſch-

Pantſchmann *lib. 2. quæſt. 1. num. 6.* volunt generalem ſufficere, eò quòd aliàs ſimplici ſubſcriptione totam ſcripturam noſtram facere, & confirmare, ínque omnia, quæ in illa comprehenduntur, conſentire videamur *l. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. ſolv.* quin & hoc in praxi receptum præjudiciis confirmet Carpz. *dict. conſt. def. 17.* Berlich. *deciſ. 90.* Ne tamen ſcriptura hæc exceptioni chartæ blanchæ fiat obnoxia, ſecuriùs teſtator ſubſcriptionem ſpecialem adhibebit. Sola ſigilli appoſitio ſinè teſtantis ſubſcriptione ob defectum formæ à lege præſcriptæ, aliásque fraudis ſuſpiciones non ſufficit, niſi vel liberi omnes ſubſcripſerint *arg. Nov. 107. cap. 3.* vel ùt DD. quidam pro praxi limitant, ab ipſo patre, vel alio ejus voluntate, ſigillum appoſitum fuiſſe teſtes perhibeant.

Ex hactenus dictis apparet, id, quod communiter dici 78
ſolet, patris teſtamentum inter liberos à juris ſolennitatibus diſpenſatum eſſe, non eſſe abſolutè intelligendum; cùm nonnullas adhuc Imperatorem hìc obſervari voluiſſe videamus, ſcilicet, ut eò certiùs de indubitata patris voluntate conſtet, & ut omnia paternis literis declarata nullam altercandi occaſionem filiis relinquant. Quòdſi tamen unum alterúmve à Legislatore requiſitum, v. g. temporis vel nominum expreſſio omiſſa, aut unciarum quantitas non literîs, ſed numerîs deſignata ſit, nihilominùs tamen de hac ipſa voluntate parentis nulla liberis dubitatio ſuperſit; eam tamen ex defectu formæ impugnari poſſe, plerisque placitum eſt: cùm non ſtatim ceſſante cauſa impulſiva ceſſet legis diſpoſitio Stryck. *cit. loc. §. 14. in fin.* cui conſequens eſt, quod Voët. ad *tit. qui teſtam. fac. §. 17.* notat, ut ſi quædam adnotatio manu patris ſcripta inveniatur circa portiones aut res liberis aſſignandas, ſed ſinè capite, ſinè calce, ſinè ſubſcriptione, magìs hæc futuræ diſpoſitionis præparatio quædam, quàm vera voluntatis ſupremæ diſpoſitio cenſeri debeat *l. 29. pr. ff. qui teſtam. fac. l. 11. §. 1. ff. de legat. 3.*

Effectus hujus teſtamenti eſt, quòd ex eodem ſucceden- 79
di jus liberis deferatur, ſícque hereditas teſtamentaria, non

legitima, atque ab inteſtato liberis obveniat. I. Quia talis diſpoſitio teſtamentum, & parentes ita diſponentes teſtatores appellantur, atque in ea heredes rectè inſtituuntur *l. 21. §. 1. C. de teſtam. Nov. 107. cap. 1.* omnis autem voluntas, qua heres inſtituitur, teſtamentum eſt. Quin & in tali teſtamento & liberis prælegata, & extraneis relinqui poſſunt, quæ tamen nonniſi ex teſtamento propriè dantur *§. præterea Inſtit. de fideicommiſſ. hered.* II. Liberos in eo inæqualibus partibus inſtituere licet; cùm ab inteſtato æqualibus partibus ſuccedatur. Denique III. hoc teſtamentum non aliter, quàm poſteriori, omnibûs numerîs perfecto, rumpitur *d. Nov. cap. 3. auth. hoc inter C. de teſtam.* quod diſpoſitioni, effectum duntaxat ab inteſtato habituræ, non convenit *arg. l. 35. ff. de R. J.* Neque obſtat, quòd hoc teſtamentum imperfectum dicatur *l. 21. §. 1. C. de teſtam.* & diſertè Juſtinianus in *d. l. 21. §. 3.* imperfectam ſcripturam, quâ venientes ab inteſtato heredes inſtituuntur, non quaſi teſtamentum, ſed quaſi voluntatem inteſtati valere jubeat : denique in *l. fin. C. famil. erciſc.* ex tali minùs ſolenni inter liberos diſpoſitione eos ab inteſtato patri ſuo ſuccedere, Imperatores pronuncient. Nam ad prius reponi poteſt, etiam militum teſtamentum imperfectum, minúsque ſolenne eſſe, ex quo tamen æquè atque ex perfecto teſtamento ſucceditur : neque ulla ex *l. 21. §. 3.* ad parentes, quorum jus longè plenius eſt, quàm agnatorum, illatio fieri poteſt; cùm illorum teſtamenta ex ſpeciali legum privilegio vim perfecti teſtamenti obtineant *Nov. 107.* & in *l. 21. §. 1.* abſolutè ùt teſtamenta valere dicantur. Denique ad *d. l. fin.* reſpondet Vinn. *ſelect. quæſt. lib. 2. cap. 17.* jus parentum procedente tempore auctum eſſe in *d. l. 21. §. 1.* & *Nov. 107.* adeò, ut non tantùm imperfecta parentum diſpoſitio adminiculô externô, nempe officiô arbitri familiæ erciſcundæ, ùt olim, ſed jam vi propria, ac jure teſtamenti ſuſtineatur.

80 Quæ *l. fin.* novam quærendi occaſionem ſuppeditat, an teſtamentum patris, qui jure communi teſtari voluit, id tamen non perfecerit, ſaltem ùt diſpoſitio inter liberos ſubſi-

ſiſtat? Negandum hoc videbatur apud Coccejum *jure controv. tit. de teſtam. milit. quæſt. 11.* JCtis Wittenbergenſibus, & Lipſienſibus; quia imperfecta videtur diſpoſitio, cùm adhuc aliquid agendum ſupereſt *l. 25. & l. 29. ff. qui teſtam. facer.* quod enim teſtator voluit, non fecit, quod fecit, noluit: neutrum itaque ſubſiſtit *l. 3. ff. de reb. dub.* Si hæc appareat manifeſta patris intentio, quòd aliter, quàm adhibitîs ſolennitatibûs ſuam diſpoſitionem valere noluerit, facilè id Coccejo largiemur, ſed talis, ſi à ſingularibus circumſtantiis abſtrahamus, nobis, ùt Celſo Domitii in *l. 27. ff. eod.* dubitatio videtur; neque enim, ùt ait Ulpianus in *l. 3. ff. de teſtam. milit. qui jure communi voluit teſtari, ſtatim beneficio militari renunciavit, cùm nemo credatur, genus teſtandi eligere ad impugnanda ſua judicia.* juncta *l. 40. pr. ff. eod.* Id quoque Impp. in *d. l. fin.* expreſsè ſanciunt, ut cœptum inter liberos teſtamentum, nondum tamen ratione ſolennitatis impletum, nihilominùs à judice familiæ erciſcundæ ſuſtineatur.

Hæc ita: ſi non quoque ratione diſpoſitionis & volun- 81
tatis imperfecta ſit diſpoſitio, dum v.g. parens, quibusdam jam ſcriptis aut dictis, plura ſcribere, aut dicere parans, morte vel aliter interceptus fuerit, nec cœpta finiêrit; dummodo id in aperto ſit, illum plura diſponere voluiſſe *d. l. 25. d. l. 11. §. 1. §. pen. Inſt. quibus mod. teſtam. infirm.* Neque illud admittendum videtur Voëtio *cit. loc.* quod poſt Coſtalium ad *l. 20. §. 3. ff. famil. erciſc.* Tuldenus ad *tit. C. de teſtam. n. 3.* ſcripſit, ratam patris inter liberos diſpoſitionem habendam eſſe, ſi facta plenè inter liberos diviſione, de aliis adhuc rebus ſtatuere, vel quædam legare volentem vis morbi inhibuerit; nam, ùt ait cit. Author, fieri potuiſſet, ut unum aut quosdam ex liberis in gratiam reliquorum legatîs, aut fideicommiſsîs gravaturus fuiſſet, aut alia ſubjuncturus, quibus aſſignatæ priùs portiones notabilem eſſent paſſuræ diminutionem: ut proinde non poſſit dici perfecta voluntatis declaratio, quando conſtat plura diſpoſiturum, qui plura diſponere caſu impeditus eſt. Sed hoc cum Vinn. in medio relinquimus.

82 Cæterùm in hoc teſtamento ſingulare eſt, quòd aliter per ſecundi teſtamenti confectionem non rumpatur, quàm ſi poſterius ſolenniter factum ſit coram ſeptem teſtibus, & eidem clauſula ſpecialis derogatoria, quæ aliàs omni teſtamento poſteriori tacitè ineſt *l. 6. §. 2. ff. de jur. codicill. l. 22. ff. de leg. 3.* expreſsè adjiciatur *Nov. 107. cap. 2.* ita ut non ſufficiat, ſi teſtator dixerit, non obſtante quacunque alia diſpoſitione, ſed inſuper adjiciat, ſe teſtamentum inter liberos abrogatum velle Stryck. *d. cap. 10. §. pen.* Verùm ùt communiter DD. tradunt, hac clauſula demum opus eſt, ſi teſtator in poſteriori extraneas perſonas inſtituerit, non ſi aliud inter ipſos liberos fecerit: quoniam in *d. Nov.* additur, debere hanc voluntatis mutationem coram ſeptem teſtibus declarari, quod ſaltem ad extraneum hēredem pertinet. Dein ideò expreſſio temporis in teſtamento patris inter liberos requiritur, ut, ſi forſan plura teſtamenta extent, judicari poſſit, quodnam prius aut poſterius fuerit: quod neceſſarium haud eſſet, ſi prius inter liberos conditum per poſterius revocari non poſſet, quàm clauſulâ derogatoriâ adjectâ: tunc enim vel ex hac ſola, utpote prioris mentionem faciente, ſatis appareret, quæ fuerit voluntas poſterior.

83 Ab hoc verò parentum teſtamento diverſa eſt eorundem inter liberos bonorum diviſio, qua eisdem ab inteſtato ſucceſſuris bona ſua, vel partem eorum, pro lubitu portionibus æqualibus vel inæqualibus aſſignant *l. 16. l. 21. & l. fin. C. famil. erciſc.* Nec aliud hìc requiritur, quàm ut pater omnia clarè coram teſtibus, vel verbîs, vel indubitatîs literîs expreſſerit, & vel ipſe ſcripſerit, aut ſubſcripſerit, vel, quod pro cautione teſtatori maximè commendandum, ad evitandas lites liberos ſuos ad ſubſcribendum præparaverit *Nov. 18. c. 7. d. Nov. 107. cap. 3.* quamquam Stryck. *cit. cap. 10.* non ſatis tutum eſſe velit, ſi ſcriptura quædam holographa factæ inter liberos diviſionis, ſed ſinè ſubſcriptione proferatur: quia non rarò contingere poteſt, ut aliquis quidem animo deſtinet diviſionem facere, eúmque in finem formam aliquam con-

concipiat, nondum tamen velit, ut inſtar diviſionis paternæ actu valere debeat; id quod tamen in ſubſcribente magìs præſumitur; nec enim ſolemus ſubſcribere, niſi quæ valere poſſe putamus, aut volumus. Quemadmodum cit. Author periculoſam quoque eorum ſententiam pronunciat, qui ſolùm volunt ſufficere generalem ſubſcriptionem; cùm tamen Imp. in *d. Nov. 18.* per verba illa: *ſi verò aliquis diſperſam ſinè teſtimonio ſubſcriptionem fecerit*, ſciat nihil hinç filiis ſe præbiturum utilitatis, non obſcurè ſpecialem videatur exegiſſe. Id verò in hac ultimæ voluntatis ſpecie præcipuum eſt, quòd, cùm hìc non ſuccedatur ex teſtamento, ſed ab inteſtato *d. l. fin.* inter liberos omnes, nullo excluſo, qui aliàs ſucceſſurus fuiſſet, fieri debeat bonorum paternorum diſtributio, neque nepotes, vivîs adhuc eorum parentibûs, in participium diviſionis admitti queant: cùm eo caſu nondum ullum jus ſucceſſionis obtineant. Quæ omnia ſecùs in teſtamento parentum, ubi & nepotes inſtitui, & liberos exheredari poſſe, probabili multorum ſententia defenditur.

Examinantur Inſtitutionis & præcipuè Suitatis Effectus.

Summaria.

1. *Quomodo* ſui *ipſo jure hereditatem acquirant?* 2. *Qui etiam olim* neceſſarii *patri ſuo heredes extiterunt, quam tamen neceſſitatem Prætor eis remiſit.* 3. *Unde hodie ad actualem heredis exiſtentiam facto aliquo liberorum ſeu declaratione voluntatis opus eſt, quæ in ſuis dicitur* immixtio, *in extraneis* aditio. 4. *Quot modis liberi ſe immiſcere dicantur?* 5. *An tacens pro eo, ac ſi ſe immiſcuerit, habeatur? ſeu an creditoribus filii immixtio, an contrà filio actualis abſtentio probanda ſit? Poſterius Affirmantium argumenta adducuntur.* 6. & 7. *Prius defenditur, ac contrariæ objectiones reſolvuntur.* 8. *In filio facilìùs immixtio, quàm in extraneo aditio præſumitur.* 9. *Facta immixtione filio jus hereditarium ex ſuitate quæſitum confirmatur.* 10. *Jus deliberandi deſcribitur,* & 11. *ejus effectus enumerantur.* 12. *Adeundi facultas triginta annis extinquitur,* 13. *quæ tamen à Practicis ad nonaginta annos extenſa eſt, quod* 14. & 15. *iterum variè limitatur.* 16. *Inventarii beneficium cum ſuis effectibus expenditur,* & 17. *quomodo in-*

teritus verum hereditariarum poſt mortem teſtatoris heredi noceat? item 18. & 19. An legatariis, neglectô inventariô, heres ex propriis teneatur? disquiritur, ac nova de eo Huberi opinio pluribus argumentis adſtruitur. 20. & 21. Filium, neglectô inventariô, legitimam amittere affirmantium & 22. & ſeqq. Negantium fundamenta proponuntur, ac 24. poſterior ſententia pro foro commendatur. 25. & ſeqq. Eadem de jactura Trebellianicæ utramque in partem controverſia diſcutitur. 30. Heres factum defuncti infringere non poteſt. 31. Nec rem ſuam à defuncto alienatam jure proprio vindicare. 32. Tametſi inventarium confecerit, ſcilicet pro ea parte, qua heres eſt. 33. Reſolvitur perplexa difficultas de obligatione præſtandæ evictionis individua. 34. Filius in ſola legitima inſtitutus rem ſuam vindicare non prohibetur. 35. Abſtinens facit locum ſubſtituto vulgari. 36. Argumenta in contrarium diluuntur. 37. & 38. In ſuis non eſſe locum ſucceſſorio edicto monſtratur. 39. & 40. Geminâ tamen viâ abſtinentis filii deſcendentibus ſuccuritur. 41. Nudæ ſuæ heredis exiſtentiæ quinam effectus? & 42. Quando tabulæ pupillares per eam confirmentur? 43. Quid ſi filio exheredato pupillariter ſubſtitutum? 44. Objectiones aliquot proponuntur, & 45. diluuntur. 46. & 47. An, & quo ſenſu per exheredationem jus ſuitatis tollatur? 48. Quinam ſuitatis effectus filiô adhuc vivô, antequam vel ſe immiſcuerit, vel abſtinuerit? & 49. Quinam eo ſic mortuo? 50. Liberi infantes & furioſi ex jure ſuitatis hereditatem transmittunt. 51. Non item extranei. Ubi de furioſo memorabilis conſtitutio in l. ult. Cod. de curat. furioſ. *52. Altera de infante in* l. 18. Cod. de jur. deliber. *pleniùs exponitur. 53. Septennio major ipſe jure civili hereditatem adire debet; at prætorio etiam aliquando bonorum poſſeſſionem pro ignorante poteſt obtinere tutor. 54. Extranei quomodo hereditatem transmittant ex* jure delirandi? *ubi memorabilis de infante exceptio. 55. An & quibus in caſibus ignorantis heredis ſucceſſores in integrum reſtituantur? 56. A quibus, & ad quos hereditas ex* jure ſanguinis *transmittatur? 57. An hoc caſu transeat hereditas liberis jam quæſita, an primùm quærenda, ſeu an liberi non ſui ipſo jure parentibus ſuis heredes exiſtant? quod 58. negatur, & 59. Argumenta contraria refutantur. 60. & ſeqq. Quid circa hoc in foris Germaniæ obtineat? pleniùs oſtenditur.*

1 INſtitutionem legitimè celebratam ſequitur facultas ex voluntate defuncti hereditatem adipiſcendi, legitimísque modis perſequendi. Sed verò pro diverſa heredum qualitate vel ipſo jure, vel factô hereditas acquiritur. Ipſo jure, hoc eſt, immediatè vi legis, ut nullo ad hoc hominis dicto vel facto opus ſit, hereditatem acquirunt *SUI l. 11. ff. de lib. & poſth.*

poſth. l. 1. §. 7. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. 14. ff. de ſuis & legit. ita ut eo ipſo momento, quo defunctus expiravit, efficiantur domini rerum paternarum, & in hos perinde continuetur dominium, ut nunquam hereditas jacens aut vacans fuiſſe videatur. Eáque verè cauſa fuit inducendæ fictionis, quòd vivo etiamnum patre domini fuiſſe credantur *d. l. 11. §. 2. Inſt. de hered. qualit. & differ.* Nam ut ii reverà vivo patre, detracta ſolùm adminiſtratione, bonorum paternorum domini fuerint, judicio carere ait Bachov. ad Treut. *vol. 2. diſp. 12. theſ. 2. lit. B.* Certè ad illos referri nequeunt, qui citra jus adminiſtrandi domini ſunt, veluti pupilli, minores &c. Atque partim ex his, partim ex eo conſtat ratio appellandi *ſuos* heredes, quòd hi proximè in poteſtate patris ſui exiſtentes, una cum eodem perſona jure civili exiſtimabantur, ut videantur ſibi ipſi quodammodo heredes fieri. Unde quoque eſt, quòd etiam vivo adhuc patre dicantur deſinere ſui heredes eſſe, puta, ſi capite minuti fuerint *l. 1. §. 4. l. 11. ff. de ſuis & legit. l. 13. ff. de injuſt. rupt. l. 29. §. 12. & ſeqq. ff. de lib. & poſth.* quia vivente adhuc patre quodammodo domini bonorum participes cenſebantur *§. 3. Inſt. de hered. quæ ab inteſt.*

Verùm non *ſui tantùm*, ſed & *neceſſarii* heredes filiifamilias dicebantur; quia jure civili ex Leg. XII. Tab. ſeu velint, ſeu nolint, heredes patris ſui eſſe cogebantur, exemplo ſervorum; in quos patribus non minus fuiſſe poteſtatis, quàm dominis in mancipia Heinnec. *antiquit. Rom. ad tit. de patria poteſt.* oſtendit. Cùm verò Prætori inhumanum viſum eſſet, ut dedecus æris, alieno vitio parentum contracti, in liberos inſontes derivaretur, eorúmque bona propria paternis creditoribus ſupponerentur, *jus abſtinendi* in uſum fori introduxit, quo liberis ſubducere ſe paternæ hereditati, ſícque creditorum actionem petitionémque ſubterfugere fas eſſet *d. §. 2. l. 57. princ. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Quæ neceſſitas, cùm in ſolius patris commodum introducta ſit, poterat etiam ab ipſo patre remitti, & ex neceſſario herede fieri voluntarius, ut filio opus non ſit ex beneficio prætoris abſtinere, veluti ſi fi- 2

lius

lius ſub poteſtativa conditione inſtitutus *l. 4. princ. & l. 86. ff. de hered. inſtit. l. 12. ff. de cond. inſtit.* vel alius ei ſubſtitutus eſt *dd. ll.* Verùm per hoc, quòd filii vel ex prætoris, vel patris indulgentia jus abſtinendi ab hereditate paterna conſecuti ſint, nec ampliùs nolentes & inviti paternis bonis ſe immiſcere teneantur, ſola tantùm neceſſitas actûs ſecundi, ſeu ipſa actualis heredis exiſtentia ſublata eſt, altera ſuitatis qualitate, ſeu ſui heredis exiſtentia quoad actum primum permanente *d. l. 12. d. l. 86. §. 1.* Hinc etiamnum hodie ſui heredes ipſo jure efficiuntur, adeò, ut non eſſe ſinè herede dicatur, qui ſuum heredem habet, licèt ſe abſtinentem *l. 30. §. 10. ff. de fideicommiſſ. libert.* Neque hæc nuda nominis exiſtentia, ut mox infrà demonſtrabimus, ſuis caret effectibus.

3 Cùm ergo hodie libero ſui heredis arbitrio relictum ſit, an paternæ hereditati ſe immiſcere, ſeu hereditatem, ſibi ipſo jure quæſitam, admittere, num ab eadem abſtinere velit? hinc ad utrumque effectum facto quoque aliquo, ſeu declaratione voluntatis opus eſt, quæ in ſuis dicitur immixtio vel abſtentio, in extraneis aditio vel repudiatio. Adeundô noſtram facimus hereditatem, quæ noſtra nunquam anteà fuit, vel repudiamus acquirendam. Immiſcere, abſtinere de his prædicatur, qui rebus jam olim ſuis atque antè quæſitis ùt domini utuntur, eásve retinent aut derelinquunt: quamquam nihil impediat, aditionis vel repudiationis verbum laxiùs accipere, & ſub eo immixtionem vel abſtentionem comprehendere *l. 1. §. 11. ff. de ſucceſſ. edict. l. f. C. de repud. vel abſtinend. hered.* præcipuè, cùm moribus noſtris ſuitatis effectus ultra fines ſuos ad heredes quosvis, qui neceſſariò ad valorem teſtamenti inſtituendi ſunt, quibusdam in caſibus productos, nec ampliùs ſuitatem in eo rigore, quo hæc vox jure Quiritum ſumebatur, uſurpari infrà *n. 60.* viſuri ſumus.

4 Declaratio autem voluntatis, quam in ſuo quoque herede in ordine ad actualem heredis exiſtentiam, utque oneribus paternis illigetur, requiſivimus, fieri poteſt vel verbis, vel facto ſeu rebus geſtis, modò quod à filio geritur, ſit ejus-

mo-

modi, ut inde de heredis animo liquere poſſit: quo ſenſu in *l. 20. princ. ff. de acquir. vel omitt. hered.* dicitur, *pro herede gerere non eſſe tam facti quàm animi*, id eſt, magìs ſpectandum, quo animo, quàm quid fiat: cùm multa pietatis & cuſtodiæ causâ, adeóque citra animum heredis geri agíque poſſint. Quin etiam fieri poteſt, ut animus heredis ex geſtione declaretur, ubi nullæ res hereditariæ attinguntur, ſi, quæ non ſunt, eas tamen putet tales eſſe *l. 21. §. 1. l. 88. ff. eod.* unde facilis via ſternitur ad reſolutionem dubiæ quæſtionis,

An filius tacens pro eo, ac ſi ſe immiſcuerit, habeatur, ut non ſit ſatìs, poſſe abſtinere, niſi quis etiam reverà abſtinuerit, ſeu ùt alii ſtatum quæſtionis proponunt, num ſi creditores ſuum heredem conveniant, hícque utatur exceptione non factæ immixtionis, num, inquam, creditoribus filii immixtio, an contrà filio actualis abſtentio probanda ſit? Coccejus *tom. 1. diſp. 95. de ſucceſſione nepot. ſect. 3. §. 5.* hactenus aditionem extranei ab immixtione ſui differre contendit, quòd illa quidem à creditoribus tanquam facti alicujus aſſertio *arg. l. 16. & l. 23. Cod. de probat.* non hæc probanda ſit. I. Quòd, cùm ſuus heres ipſo jure & ſinè facto ſuo heres fiat, etſi rejicere hoc jus poſſit, utique non illud probari debeat, quod juris eſt, ſcilicet eum heredem eſſe factum, ſed hoc, quod facti eſt, eum abjeciſſe jus ſuum lege quæſitum. Atque adeò II. non videtur defendi poſſe, immixtionem facti eſſe, & ideò probari debere: nam jure ſemel quæſito & conſtituto, dicendum contrà, ejus abjectionem facti, & probandam eſſe: quemadmodum & aliàs obtinet, quòd, etſi actualis uſus & poſſeſſio facti ſint, nihilominùs tamen juris ſemel quæſiti derelictio, vel omiſſio probanda ſit, tametſi fortè non conſtet, dominum eo jure uſum fuiſſe. Neque verò III. beneficium prætoris, quod ſuis datum eſt, in immiſcendo, ſed abſtinendo conſiſtit; non itaque, an ſe immiſcuerint, ſed an abſtinuerint, quæritur & probandum eſt. Et cùm IV. qui ſui & ipſo jure heredes ſunt, nihil allegare, nec alia re ſe tueri poſſint, quàm quòd uſi ſint beneficiô prætoris, id eſt, ju-

re abſtinendi; utique is, qui ſe ſingulari beneficio contra jus commune uſum dicit, id probare debet *arg. l. 5. princ. ff. de probat.* Præterea V. in *l. 57. princ. ff. de acquir. vel omitt. hered.* dicitur, lege civili heredem ſuum ipſo jure creditoribus teneri; adeóque heres ſuus ſe immiſcuiſſe, ſinè quo non teneretur, ipſis legibus intelligitur: habent ergo creditores fundatam in jure, ùt ajunt, intentionem, quoad voluntas abſtinendi declarata & ab herede ſuo probata fuerit.

6 Verùm fatente ipſo Coccejo, contraria communiter recepta, variiſque præjudiciis confirmata eſt ſententia, immixtionem non minùs ſui heredis, ſi hic eam factam neget, quàm aditionem extranei à creditoribus probandam eſſe. Probatur id tum ratione, tum luculentiſſimis juris textibus. Et ratio eſt, quòd creditores nequeant efficaciter convenire alios filios, quàm actu ſeſe paternæ hereditati immiſcentes, ideóque contra negantem ſe hereditatem agnoviſſe, actor adſtruere fundamentum ſuæ actionis tenetur: eò ipsò enim, quòd creditor filium convenit, aſſerit, eum ſe hereditati immiſcuiſſe: aſſerenti autem incumbit probatio *l. 2. ff. de probat.* Neque etiam dici poteſt, quòd ſui heredes abſtentionem videantur aſſerere, adeóque eam probare debeant: abſtentio ſiquidem eſt negatio immixtionis, quam immixtionem aſſerunt, & in ea ſe fundant creditores. Quamquam enim ſui ipſo jure efficiantur heredes, ſummóque jure creditoribus paternis teneantur *d. l. 57. & l. fin. ff. eod.* ut hoc probare opus non ſit, poſtquam tamen abſtinendi beneficium à prætore filiis ſuis indultum eſt, effectúmque, ut ſi actu ſe non immiſcuerint, à creditoribus efficaciter convenire nequeant, neceſſe ſanè eſt, non ut à filiis factum aliquod abſtentionis, ſeu potiùs negativa immixtionis, ſed ut à creditoribus facta immixtio doceatur. Unde Bachov. *vol. 2. diſp. 12. theſ. 3. lit. A.* contra Anton. Faber. ſubtiliter animadvertit, falsò dici, aut certè perpetuò verum non eſſe, quòd, ut quis ſe abſtinuiſſe dicatur, non tantùm neceſſe ſit, ut ſe non immiſcuerit, ſed etiam, ut ſe non immiſcere velle declaraverit. Falſum etiam,

-ab

abſtinere eſſe declarare, quòd hereditatem quis retinere nolit: ſiquidem qui ſe non immiſcuit, verum eſt, eum hactenus abſtinuiſſe, abſtentione negativa ſaltem, eóque effectu, ut ne creditoribus paternis reddatur obnoxius, non poſitiva, ut juri ſe immiſcendi renunciâſſe intelligatur, quæ utique factum aliquod ſeu declarationem abjiciendi hereditatem neceſſariò involvit.

Textus verò in hanc rem perſpicui ſunt I. Quòd in *l. 1. Cod. ſi min. ab hered. ſe abſtin.* pro herede gerere, aut bonorum poſſeſſionem petere, opponantur abſtentioni, ut tamdiu filius contra creditores defendatur, quamdiu ab his non probatur geſtio pro herede: neque hanc in rem, ſi filios nihil hereditatis paternæ attigiſſe appareat, teſtificatione eis opus eſt; cùm fides veritatis verborum adminicula non deſideret. Idem II. non obſcurè Ulpianus in *l. 12. ff. de acquir. vel omitt. hered.* ſignificat, dum ait, filio non eſſe neceſſe, adire prætorem, ſed ſufficere, ſe non immiſcuiſſe hereditati. Et III. in *l. 89. ff. de leg. 1.* reſpondit Julianus, prætorem permittendo jus abſtinendi, in eorum perſona hoc jus tribuere, quod futurum eſſet, ſi liberum arbitrium adeundæ hereditatis habuiſſent. Quemadmodum igitur contra extraneum heredem non obtinet creditor, niſi ab eo aditam hereditatem probaverit, ita nec obtinebit contra ſuum, niſi eum ſe immiſcuiſſe oſtenderit. Quamquam enim, ut argumentis Coccejanis una reſponſione defungamur, ante immixtionem quoque, non obſtante, quòd ſe abſtinere poſſint, dicantur ſui heredes eſſe in *l. 1. §. 7. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* & creditoribus jure civili teneri *l. 57. & l. fin. ff. de acquir. vel omitt. hered.* inde tamen non infertur, quod contra creditores exceptione non factæ immixtionis ſe tueri nequeant: aliàs enim ſtatim à morte teſtatoris, quod ex argumentis Coccejanis manifeſtè infertur, efficaciter conveniri poſſent. Unde notanter ait Ulpianus in *d. l. 57. in eos actionem non dari, ſi velint derelinquere hereditatem*, & Julianus in *d. l. 1. §. 7. quòd ſi poſtea ſe miſcuerint, ex teſtamento heredes eſſe videntur*, manifeſtô argumentô, 7

filiis ſuis ante voluntatem ſeſe immiſcendi, vel verbis vel facto explicatam ſemper integrum manere, hereditatem derelinquere, eorúmque exceptionem ſeu negationem factæ immixtionis eousque fundatam eſſe, donec creditores factam immixtionem, filiósque, reverà & actu heredes patri ſuo extitiſſe adſtruxerint.

8 Non autem præcisè exigimus, ut creditores apertam in liberis ſeſe immiſcendi voluntatem, factúmve aliquod, immixtionem manifeſtè præſeferens, oſtendant, ſatis eſt, ſi de eorum animo ex levioribus indiciis conjecturísque appareat: faciliùs enim colligitur animus heredis in ſuis ad confirmandam qualitatem quæſitam, atque in extrancis ad novam acquirendam. Hinc ſi filiusfamilias patrem ſepeliverit, vel juſta ei fecerit, opus habent teſtari, quòd animo heredis non faciat *l. 20. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. hered.* cùm in extraneo præſumptio pietatis, quàm heredis ſit proclivior. Ita ſuus heres implendo conditionem, ſub qua inſtitutus eſt, animum heredis manifeſtare videtur *l. 86. §. 1. ff. de hered. inſtit.* cùm in extraneis inſuper aditio deſideretur. Et communiter hìc Practici advertunt, quòd, quando v.g. filius poſt mortem patris diu in paternis ædibus moratus fuerit, fructus ex hereditate perceperit, debita etiam fortè exegerit, vel quid ejusmodi fecerit, quod immixtionem arguat, creditores ex hujusmodi factis præſumptionem pro ſe habeant, per quam onus probandi contrarium in filium revolvitur, quòd ſcilicet alio, quàm hereditario titulo talia geſſerit, veluti quòd filius hactenus paternæ hereditati inſtiterit non ùt heres, ſed ùt creditor v.g. ratione bonorum maternorum, vid. Gail. *l. 2. obſerv. 128.* Struv. *Exercit. 34. Theſ. 22.* Huber. ad *ff. tit. de acquir. vel omitt. hered. §. 5. in fin.* & alios apud Coccejum allegatos.

9 Et ut pleniùs atque ordine tum nudæ ſuitatis, tum per immixtionem confirmatæ effectus recenſeamus, tres caſus lubet diſtinguere: aut enim I. ſuus heres ſe immiſcuit, aut II. expreſsè ſeſe abſtinere declaravit, aut III. denique tacuit, neque de ſe imiſcendo aut abſtinendo animum ſuum expreſſit.

ſit. Primo caſu, dominium hereditatis (non etiam poſſeſſio defuncti, quæ niſi naturaliter comprehenſa, non acquiritur *l. 23. princ. l. 30. §. 5. ff. de acquir. vel amitt. poſſeſſ.*) per jus ſuitatis in filio ab ipſa lege radicatum, confirmatur, ísque in univerſum defuncti jus, qud perſonæ non cohæret *l. 8. §. 3. ff. de liberat. legat.* ſuccedit *l. 37. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. 24. ff. de V. S. l. 82. ff. de R. J.* non tantùm in illud, quod defunctus habuit adversùs alios, verùm etiam in id, quo pater aliis tenebatur. Verbo, heres tam commodorum, quàm onerum & incommodorum paternorum efficitur, omníque æri alieno ſupponitur *l. 8. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. 2. Cod. de hered. vel act. vend. l. ult. Cod. de hered. act.* Cùm itaque anceps fuerit, hereditatem vel ob periculum æris alieni, quod latere poteſt, temerè adire, aut etiam lucroſam repudiare, duo remedia heredibus cunctantibus comparata ſunt, non extraneis tantùm, ſed etiam ſuis (poſtquam ſcilicet prætor, conceſsô abſtentionis beneficiô, ſuos ad inſtar voluntariorum redegit) de immiſcendo vel abſtinendo cogitantibus. Unum vetus, jus deliberandi, alterum novum, à Juſtiniano introductum, beneficium ſcilicet Inventarii. Quod ad prius attinet, nullum ei quidem, ùt & aditioni, tempus præfinitum eſt, ſi nemo ſit, qui urgeat, erítque cuíque liberum, tamdiu hereditatem amplecti, quamdiu eam non recuſaverit, utique intra triginta annos, quibûs cunctis actionibus præſcribitur, omnéque jus extinquitur *l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. vel 40. an.* communiter DD. ad *l. 9. C. de jur. delib.* Cæterùm aditionem urgentibûs, quorum intereſt, neceſſe eſt, ut aut confeſtim de adeunda, vel repudianda hereditate ſtatuat, aut tempus ad deliberandum petat *d. l. 9.* cujus determinatio olim in poteſtate jus dicentis poſita *l. 1. & 2. ff. eod.* hodie Juſtinianus ſummum tempus, ſi à Principe petatur, eſſe voluit annum; ſi à judicibus, novem menſes *l. ult. §. 13. C. eod.* Cis terminum hunc planè adeunda vel repudianda erat hereditas; aliàs ſilentium deliberantis in deteriorem ejus partem vel pro aditione, vel pro repudiatione habetur, prout nempe utilius

eſt ei, ad cujus inſtantiam tempus præfixum eſt, id eſt, adîiſſe in favorem creditorum intelligitur, ut his obligetur *d. l. ult. §. pen. C. eod.* repudiâſſe in gratiam ſubſtitutorum, aut heredum legitimorum, ut hi ſucceſſione potiantur *l. 69. ff. de acquir. vel omitt. hered.*

10 Præterea alio effectu tempus deliberationis annuum, quod etiam non petentibus ipſo jure competit, à Juſtiniano in *l. 19. C. de jur. delib.* conſtitutum eſt, ut intra annum, ex quo hereditatem ſibi delatam eſſe cognoverint, heredes ſcripti decedentes, neque eam interim repudiantes, jus deliberandi atque adeundi intra id tempus, quod ex anno reliquum eſt, in quosvis heredes transmittant: quæ prima eſt à regula, quòd hereditas non adita in heredes non transmittatur, exceptio *l. un. §. 5. & 13. C. de caduc. tollen.* Certiorem autem, utì diximus, delatæ ſibi hereditatis factum eum eſſe oportet, ut transmitti poſſit hereditas: ignorantis enim ex capite juris deliberandi nullam eſſe transmiſſionem conſtat ex notabili textu in *l. 8. & l. 19. C. de jur. delib.* niſi, ùt quidam apud Voët. *ff. de acquir. vel omitt. hered. num. 11. in fin.* limitant, heres ejus, cui ignoranti fuit delata hereditas, ex capite defuncti reſtitutionem in integrum meruerit ex cauſa juſti erroris & ignorantiæ, dum vel Reipublicæ causâ abfuerit, vel aliter ſinè culpa ſua ignarus fuerit, hereditatem ad ſe pertinere. *arg. l. 2. ff. de reſtit. in integ. l. 1. pr. & §. 1. ff. ex quib. cauſ. major. l. 12. ff. de Carbon. edict. l. 4. in fin. & l. 5. ff. de bon. poſſeſſ. cont. tabul.*

11 Cæterùm circa id, quod antè ſimpliciter dictum, immixtionis vel aditionis tempus triginta annis perimi, quidam diſtinctionem adhibent, ac aditionis quidem tempus, triginta annis, immixtionis verò nunquam extinqui volunt; quin, ùt addit Bachov. ad Treut. *vol. 2. diſp. 12. theſ. 5. lit. E.* videri poſſet, nec juri adeundi præſcribi; quia aditio res meræ facultatis eſt, neque competit per modum actionis; nam à jure adeundi diverſa eſt petitio hereditatis, quæ poſt aditam demum hereditatem datur. Et, inquit cit. Author, ſi tam

diu

diu vacua dari poſſet hereditas, non abſurdè hoc defenderetur: verùm vix ac ne vix quidem ejusmodi caſus incidet, ut poſt triginta annos res vacuæ ſint, ac ſalvum jus heredi ſcripto: id verò frequentiùs uſuvenire poteſt, ut interim cum ſcientia juris alieni, atque adeò mala fide, quæ, quamdiu hæret, perpetuò præſcriptioni obſiſtit, hereditas ab alio occupetur, ac poſſideatur. Et igitur dicendum, non eſſe jus adeundi, vel ſeſe immiſcendi à petitione hereditatis ſecernendum, ſed utrumque, ſi omnia ad præſcriptionem requiſita poſſeſſori ſuffragentur, æquali, videlicet triginta annorum curſu extinqui per *l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. annor. l. 7. C. de petit. hered.* nam cùm ad effectum agendi petitione hereditatis adeatur hereditas, petitione iſta negata, jus quoque adeundi negatum intelligitur, & hactenus ſaltem inter ſuos & extraneos diverſitas videri poteſt, quòd hi demum poſt aditam hereditatem, illi ſimpliciter, quoniam ipſo jure heredes ſunt, petitione gaudeant, quam etiam communem DD. ſententiam eſſe, ut tanto tempore jus adeundi regulariter excludatur, perhibet cit. Bachov.

Verùm duplex ſententiæ hujus eludendæ ratio à Practicis inventa eſt. Prima: cùm animadvertiſſent, Prætorem 12
hoc beneficium liberis indulſiſſe, ut liceat iis ab uno capite v.g. *unde liberi* excluſis ad aliud *unde legitimi* migrare, & ex eo bonorum poſſeſſionem petere, hoc beneficium prætorium ad ſucceſſionem civilem liberorum transtulerunt, iísque conceſſerunt triginta annos ad petendam hereditatem aſcendentium ex capite *unde liberi*, & hîs elapsîs alios triginta annos ex capite *unde legitimi*, denique hîs finitîs alios triginta annos largiuntur ex capite *unde cognati*, ita ut deſcendentes ab hereditate aſcendentium non niſi nonaginta annis excludantur Barry de *ſucceſſ. lib. II. tit. 2. num. 4.* Carpz. *part. 3. conſt. 14. def. 30.* Brunnem. ad *l. 8. C. de jur. delib.* Stryck. de *ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 9. cap. 2. §. 39.* Secunda: quòd etſi poſt triginta annorum ſpatium hereditas jure civili adiri nequeat *l. 7. C. de petit. hered.* cùm hoc tempus continuum ſit, ac etiam ignoranti currat

l. fin.

l. fin. in fin. C. de præſcript. long. temp. ſi tamen heres ita excluſus, comperta illius, à quo hereditas provenit, morte intra tempus petendæ bonorum poſſeſſioni præſcriptum eandem coram Judice agnoſcat, minimè ab hereditate erit removendus; cùm tempus bonorum poſſeſſionis ſit utile, nec currat, niſi ſcienti *§. pen. Inſt. l. 10. ff. de bonor. poſſeſſ.* quapropter ne mille quidem annis ignorantem à prætoria ſucceſſione petenda ex quocunque edicti capite excludi ſcribit Schneidew. ad *§. ult. Inſt. de bonor. poſſeſſ. num. 18.* Stryck. *cit. tract. diſſ. 9. cap. 7. §. 26.* necquidquam reluctante *l. 3. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.* nam generalitas iſtius legis non comprehendit jus, cujus tempus ex ſpeciali Prætoris beneficio nondum cœpit currere.

13 Utrique huic doctrinæ ſeu errori Practicorum colorando, qui præjudiciis firmatus teſte Bruñem. *cit. loc.* uſum fori evicit, nihil planè occurrit; quin magis exiſtimamus, legum Conditores, poſtquam generali decreto omnium jurium durationem, nullo vel ignorantiæ vel ſcientiæ diſcrimine admiſſo, ſpatiô longiſſimi temporis triginta vel quadraginta annorum incluſerant, beneficia Prætoris, quæ in annum ſaltem concepta erant, nunquam eo effectu & laxitate recepiſſe, ut vitam civilis actionis excedere permitterentur; quò ſanè evenire neceſſum eſt, ut nullum ferè non remedium prætorium ultra triginta annos (nam rarò ſcientes juribus ſuis indormiunt) extendi poſſet. Quo quid ad ſubvertendum præſcriptionis finem, atque civium poſſeſſorúmque tranquillitatem aptiùs ſtatui & inveniri poſſet, non video. Certè ipſe Juſtinianus annum utilem in materia reſtitutionum, quibus plerumque damnum nobis illatum reparare conamur, nonniſi in quadriennium continuum mutavit; quis putet, eum remediis prætoriis, quibus lucrum perſequimur, longius ipſis civilibus actionibus durationis ſpatium indulſiſſe? Sed & in hoc, teſte Stryck. concors DD. ſchola eſt, jure civili nullam talem ex diverſis capitibus ſucceſſionem eſſe, ſed unum hìc ſimplex, & uniforme remedium tempore ſuo & illud limitatum,

quo

quo finito ex jure civili ad hereditatem ex diverſo capite acceſſum filius habere non poteſt. Quare ratio juris poſtulat, ut, quemadmodùm liberis hoc beneficium ſolo jure prætorio competit, ita quoque tempora ſucceſſionis prætoriæ tali caſu obſerventur. Imò verò, poſtquam hodie per *Nov. 118.* diſtinctio inter agnatos & cognatos ſublata eſt, liberi de jure civili ampliùs eo modo ſuccedere non poſſunt. Unde Faber. in *Cod. lib. 6. tit. 11.* meritò contrariam ſententiam *inveteratum errorem* nominat, qui jus facere nequit; quin potiùs huc meritò quadrat illud JCti in *l. 39. ff. de ll. quod non ratione introductum, ſed errore primùm, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis ſimilibus non obtinet.* Neque etiam hujus ſententiæ praxis univerſalis oſtendi poteſt: cùm ex ſubjectis apud Stryck. in *uſu moder. Pandect. tit. de acquir. vel omitt. hered. §. 2.* præjudiciis facilè appareat, eam in decidendo hodie attendi non ſolere.

Cæterùm ad memoratam ſuprà præſcriptionem nona- 14
genariam, ſi hæc forſan alicubi vigeat, notamus I. eam ex ipſa præcitatorum DD. mente, tanquam juri communi contrariam, ad ſolos deſcendentes reſtringendam eſſe, nec ad alios extendi poſſe, imò hoc jus perſonaliſſimum cenſeri, ut non poſſit extraneo cedi, vel in eum transferri Stryck. *cit. loc.* II. Quoniam edictum ſucceſſorium de admittendo excluſo ex alio capite ſaltem in bonorum poſſeſſionibus ab inteſtato delatis obtinet, hinc etiam ad eos ſaltem memorata doctrina pertinet, minimè ad bonorum poſſeſſiones, quæ competunt ex teſtamento, vel contra illud, extendenda. Hinc ſi quis ex liberis tempus bonorum poſſeſſionis ſecundùm tabulas neglexerit, coheres verò eam admiſerit, intra aliud tempus neque tanquam agnatus, neque ùt cognatus ex teſtamento poteſt ſuccedere; quin nec ab inteſtato: quia jus civile non patitur paganum partim pro teſtato, partim pro inteſtato haberi *l. 7. ff. de R. J.* videlicet ſi coheredem habeat, qui hereditatem ex teſtamento admittat: ſolus enim ſi inſtitutus fuerit is, qui alioqui ab inteſtato ſucceſſurus eſſet heres legitimus, nihil obſtat, quò minùs talis omiſſa petitione ſecundùm tabu-

bulas ab inteſtato atque ex ſucceſſivis capitibus ſuccedat *l. 1. §. 11. in fin. ff. de ſucceſſ. edict. l. 17. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Adde alium caſum de emancipato, intra præfixum terminum bonorum poſſeſſionem contra tabulas non petente in *l. 2. ff. ſi tab. teſt. nullæ extab.* Sed in viam redeamus.

Alterum, quod diximus, eſt beneficium Inventarii à Juſtiniano in commodum heredis noviter introductum in *l. fin. C. de jur. delib.* cujus legitimè confecti hi præcipui effectus ſunt. I. quòd heres ultra vires hereditarias creditoribus non teneatur; cùm alioqui heredem ex perſona defuncti in ſolidum obſtringi conſtet *l. pen. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. ult. §. 4. C. de jur. delib.* ut etiam de ſuo, ſi æs alienum vires hereditatis excedat, replere teneatur. II. quòd jura & actiones, quas contra defunctum habuit, retineat ſalvas & integras, ceſſante omni confuſionis effectu, non quidem, ut heres præcipere poſſit ex patrimonio defuncti, quod ſibi debitum erat, ſed ut cum aliis pro rata concurrat creditoribus, ſimilem per omnia cum illis fortunam habiturus, id eſt, ſalvo tum heredi, tum aliis creditoribus, vel hypothecæ vel alterius privilegii jure *d. l. ult. §. 9.* quamquam quæ in funus, teſtamenti inſinuationem, confectionem inventarii, vel alias neceſſarias cauſas hereditatis impenſa ſunt, ante omnia deducere poſſit *d. §. 9.* Sed & vice verſa ſalvas manere actiones, quas defunctus contra heredem habuit, Voët ad *Pand. tit. de jur. delib. num. 24.* cum Lauterb. *Colleg. Pand. d. t. §. 15.* contendit *arg. l. 14. ff. de condict. indeb.* quoniam per confectionem repertorii ſeparatio quædam bonorum inducitur. Negat verò Coccej. *jure controv. ad Pand. eod. tit. q. 4. & tit. de acceptil. q. 5.* quis enim, ait, peteret debitum ab herede, qui teſtatori creditori ſucceſſit: omnino igitur tota actio, quæ defuncto contra heredem competîit, ſtante quoque inventario, confuſione ſublata eſt, præſertim, quòd Imp. in *d. l. ult. §. 9.* diſertè actionis tantùm, quam heres contra defunctum habuit, confuſionem ceſſare voluit. Aſſertum tamen ſuum limitat Coccejus, ut id procedat ſaltem, quod ad teſtatorem & heredem at-

attinèt: quoties verò tertius jus ex ea obligatione agendi habet, ſalva quoque manet actio contra heredem: cùm igitur in hereditate defuncti quoque hoc ipſum fuerit heredis debitum, pérque id eò auctior hereditas efficiatur *l.1. §.18. ff. ad Leg. Falcid. l. 41. §. 2. ff. de evict.* & creditoribus fas ſit, heredem compellere, ut credita exigat, & ex maſſa hereditatis ipſis ſatisfaciat, valebunt quoque hoc ipſum jus contra heredem, tanquam quod intra vires hereditatis contineatur, perſequi, & quod defuncto ab herede debitum erat, exigere; cùm aliàs, ſi cum creditorum nece heredis debitum confuſione plenè extinqueretur, latiſſima fraudibus via aperiretur, inanes aliorum creditorum actiones efficiendi, ſi teſtator eum inſtituat heredem, præter cujus debitum fortè nihil in bonis ſuis habuit. Confer *l.1. §. ſi debitor ff. ad Leg. Falcid.* Nullus ergo hactenus, ſi rem ſpectemus, inter Coccejum & Lauterbachium diſſenſus.

III. Quòd heres cum beneficio inventarii adiens per- 16
omnia ſervetur indemnis. Unde ex Molina & Haunold. concludit Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Collega D. Franz p.m. quòd, ſi poſt mortem defuncti quid pereat de bonis hereditariis ſinè culpa heredis, id non pereat heredi, ſed creditoribus & legatariis, quod & affirmat Voët. ad *Pand. tit. de jur. delib. n. 22.* Si hic hujus aſſerti ſenſus eſt, ut poſt confectum inventarium heredi falcidia ex interitu rerum hereditariarum poſteà ſuperveniente ampliùs diminui nequeat, ſed nunquam minorem heres percipiat, quàm fuiſſet, habita ratione ad ſtatum bonorum, qui fuit tempore mortis, obtenturus, id planè falſum & erroneum eſſe arbitror; cùm enim adhucdum, quæ poſt mortem teſtatoris noviter hereditati accreſcunt, non legatariis, ſed heredi proficiant, ejúsque falcidiam augeant, eadémque in ponendo falcidiæ calculo debeat eſſe damnorum, quæ commodorum ratio *l. 73. pr. ff. ad Leg. Falcid. arg. l. 10. ff. de R. J.* ſanè iniquum foret, majorem quidem ex acceſſione rerum fieri poſſe falcidiam, minorem per interitum rerum fieri non poſſe. Itaque etiamnum verum eſſe exiſtimo, ut non

minùs poſt introductum inventarii beneficium, quod poſt mortem teſtatoris ex hereditate imminutum eſt, non legatariis, ſed heredi noceat, atque in computanda falcidia perinde habeatur, aç ſi res adhuc penès heredem exiſteret: quoniam quod in *d. l. fin. §. 4.* ſancitum eſt, eò ſaltem pertinet, ut heres non ſentiat damnum de bonis propriis, non autem ut hoc caſu, ſi quid ex rebus hereditariis deceſſerit, & citra pactionem cum legatariis adita ſit hereditas, integram falcidiam heres conſequatur. Quid ergo, an ultra vires hereditatis olim heres legatariis tenebatur? Communiter ajunt, ultra eas, quæ fuerunt tempore mortis, eum obſtrictum non fuiſſe *l. 12. C. de teſtam. milit.* teneri autem ultra eas, quæ futuræ ſunt tempore aditæ hereditatis *l. 30. ff. ad Leg. Falcid.* at verò poſt inventarii beneficium neque hoc caſu ampliùs obligari, quia Imp. confectô inventariô vult heredem per omnia ſervari indemnem. Atqui ùt Cujacius *lib. 4. obſ. 34.* oſtendit, heres nec olim aliquo caſu obligabatur ex propriis replere legata integra, ſed id ſaltem de ſuo quadrante facere tenebatur *arg. l. 11. §. 5. ff. eod. l. 1. §. 3. ff. ſi cui plus legat. l. 1. §. 17. ff. ad SC. Trebell.* quo ſenſu intelligendum eſſe vult, quod dicitur, heredem ultra vires hereditatis, ſcilicet quæ æſtimari ſolent deductâ falcidiâ, ſi quid poſt mortem defuncti ex hereditate imminutum ſit, teneri, adeò, ut qui non retinet falcidiam, ultra vires hereditatis præſtare dicatur. Igitur confectô inventariô hactenus quoad præſtationem legatorum nullum inter jus vetus, & quo hodie utimur, diſcrimen intercedit.

17 IV. Quòd heres legatariis falcidiam deducere poſſit. Verùm hoc, ùt Huber. ad *inſt. tit. de hered. qualit.* advertit, non tam propriè inventarii beneficium eſt; quia & antehàc heredes eam deducere poterant, ſed eatenus pro tali habendum, quatenus omiſſio inventarii jacturam falcidiæ infert. Alios, qui paſſim obvii ſunt, confecti inventarii effectus, cùm diſputationem non habeant, conſultò prætervehimur. Neglecti verò incommoda recenſitis hactenus beneficiis è diametro ſunt contraria, adeóque primò heres in ſolidum æri alieno

etiam

etiam ultra hereditatis vires obnoxius manet *l. fin. §. 1. C. de jur. delib.* Secundò ſuas in defunctum actiones, confuſione ſublatas, in diſpendium aliorum creditorum exercere nequit *l. 75. ff. de ſolut.* Tertiò, quod novum Juſtiniani inventum eſt, ceſſante falcidia, legatariis in ſolidum obſtringitur.

Verùm an ex falcidia tantùm, quam confectô inven- 18
tariô lucrari potuiſſet, legata complere, num verò etiam ultrà vires totius hereditatis, atque adeò etiam de ſuo, ſi quid fortè adhuc legatariis deſit, ſolvere teneatur, à paucis controverſum memini; ea enim paſſim ſententia invaluit, ùt non minùs legatariis, quàm hereditatis creditoribus in ſolidum obligetur: quem in ſenſum verba Imperatoris in *Novell. 1. cap. 2. §. 2.* explicant. Verùm durum Hubero ad *Pand. tit. de jur. delib. num. 8.* videtur, ut in infinitum heres legatariis teneatur; qui putat non majus ex neglecto inventario diſpendium heredem ſubiturum, quàm quod heredibus jure antiquo incumbebat: atqui certum eſt, jure veteri heredem legatariis ultrà, quàm in hereditate eſſet, minimè obligatum fuiſſe *§. 1. Inſt. de ſing. reb. per fideicommiſſ. l. 1. §. 17. ff. ad SCtum Trebell.* Lex *ult. C. de jur. delib.* quæ hac de re pleniſſimè agit, nil aliud habet, quàm eum, qui inventarium non confecit, ſecundùm antiqua jura omnibus creditoribus teneri *§. 10. & 14.* addito *falcidiæ* commiſſo nihil præterea, ibi: *ſed etiam legis falcidiæ beneficio minimè utatur.* Si hoc jus vetus & novum noviſſimè à Juſtiniano ſit immutatum, verbis id maximè claris & prægnantibus factum ſit oportet. At, quod ait Imp. in *d. Nov. cap. 2. §. 2. ſi verò non fecerit inventarium ſecundùm hanc figuram, ſicut prædiximus, non retinebit falcidiam, ſed complebit legatarios, & fideicomuiſſarios; licèt puræ ſubſtantiæ morientis tranſcendat menſuram legatorum datio*, obiter quaſi jus ſolitum collocant, & quod ante in *d. l. fin. §. 14.* ſancitum, nempe quòd ex falcidia ſua, quam confectô inventariô retinere poterat, legatarios complere teneatur, inculcant. Nec gravius quidquam ex ſequentibus verbis: *licèt puræ ſubſtantiæ tranſcendat menſuram*, legitimè inferri poteſt: quippe ſubſtan-

tia pura eſt, quæ deducto ære alieno & quartâ falcidiâ ſupereſt, ùt apparet ex *fin. §. 1.* ubi Cæſar deductionem quartæ vocat purificationem ignorantiæ defuncti. Fruſtra urges, quòd in eadem *Nov.* non modò falcidiæ jactura, ſed etiam damnum, negligentibus inventarii confectionem irrogetur: *ſed dabit eis pœnam exactio ſuæ malignitatis, cur tranſcenderit leges, ex quibus cautè omnia agens nihil poterat damnificari, ſed ex diverſo etiam, quæ ſunt ex falcidiæ lege lucrari d. cap. 2. §. 2.* nam ut ex ejusdem *cap. 2. §. 1.* & collatione *l. fin. §. 14. C. de jur. delib.* patet, damnum, quod ibi heres de ſuo ſubire cogitur, ad creditores, lucri amiſſio ad legatarios referri debet, ùt id ſuadet oppoſitio ſermonis in *d. §. 1. ibi: qui non creditorem ſuum, ſed etiam legatarios veretur, & metuit, non damnificari ſolùm, ſed etiam non lucrari.* Et rurſus in *§. 2. nihil poterat damnificari, ſed ex diverſo etiam lucrari.* item, *& hoc dicimus, non noſtram minuentes legem,* videlicet *l. f. C. de jur. delib. quàm poſuimus, ut nihil* NB. *DE PROPRIO DAMNIFICENTUR HEREDES CREDITORIBUS, ſed dabit eis pœnam exactio ſuæ malignitatis.* Atque hæc obſervatio tam certa Hubero videtur, quàm nova quibusdam videri poſſit; certè nobis tanti eſt, ut jam interpretatio communis ſuſpecta eſſe incipiat.

19 Sed an etiam filius, legatîs oneratus, legitimam, perinde ùt extraneus falcidiam, non confectô inventariô amittat, ſeu ad integra legata & fideicommiſſa perſolvenda teneatur, tametſi ei nihil pro legitima ſuperſit, celebris multúmque diſceptata controverſia eſt. Affirmantium partes gravi argumentorum apparatu propugnant Zoëſ. *tit. de jur. delib. n. 16.* Vinn. *ſelect. quæſt. lib. 2. cap. 28.* Voët. ad *eund. tit. n. 27.* Stryck. de *caut. teſtam. cap. 22. memb. 2. §. 2.* I. ajunt in *l. ult. §. 14. C. de jur. delib.* apertè cautum eſt, heredem, inventarium non conficientem, non ſolùm creditoribus ultra vires hereditatis teneri, ſed etiam falcidiam à legatariis non detrahere; hæcque conſtitutio non tam de extraneis adeuntibus, verùm etiam de ſuis ſe immiſcentibus nominatim concepta eſt *d. l. fin. §. 1. 2. & 12.* cùm ergo etiam liberi, ut ne ultra ſubſtantiam defun-

functi teneantur, deſcriptionem rerum hereditariarum facere neceſſe habeant, eâ quoque opus habebunt, ut à legatariis falcidiam, ſeu legitimam, detrahere valeant: unam enim in liberis jure civili atque eandem portionem hæ duæ hìc efficiunt, unde ipſa quoque legitima paſſim falcidia appellatur *l. 8. §. 14. ff. de inoff. teſtam. l. 31. C. eod.* II. Ratio, ob quam Juſtinianus heredem falcidiæ jacturâ mulctare voluit, eſt, quòd hereditas, quam nemo temerè, non exploratîs priùs hereditatis viribûs, adire ſolet, credatur exſolvendis legatis fuiſſe ſufficiens, neque præſumatur teſtator gravâſſe heredem ultrà, quàm fert bonorum quantitas, ſalvâ ei quartâ falcidia: unde ſi hanc, detractîs legatîs, ſibi abeſſe cauſetur, præſumptio adversùs heredem inſurgit, quòd callidè res quasdam ex hereditate *multa malignatus* vel ſurripuerit, vel celaverit *d. Nov. 1. c. 2. §. 1.* atque hanc præſumptionem abſolutam & juris, & de jure eſſe ex *§. 2. d. Novell.* colligitur: quoniam ibi ſuper præſumptione jus ſtatuitur, & contrarium probare volens non auditur. Cùm igitur in liberis, confectionem inventarii negligentibus, non minor fraudis ſit ſuſpicio, difficile eſt, eam conſtitutionem, ſimpliciter loquentem, ad heredes extraneos reſtringi: imò liberi, admiſſa illa legis præſumptione, non tam legitimam amittere, quàm eam integram jam habere putantur. III. ùt ratiocinatur Zoëſius, legitima certa hereditatis pars eſt, certámque adeò hereditatem, cui detrahitur, præſupponit; cùm certum & definitum ab incerto & indefinito detrahi nequeat: hoc autem in caſu incerta pars efficeretur; cùm deſit modus legitimus, per quem de viribus ejus poſſet conſtare. IV. Heres non conficiens inventarium actiones adversùs defunctum, & jus crediti amittit *l. fin. §. 9. & 12. C. de jur. delib.* ut minus ei juris eſſe poſſit in detractione legitimæ, quæ non verum, ſed quaſi æs alienum eſſe dicitur. Et licèt legitima alimentorum rationem habere videatur, ea tamen vel ideò peti nequeunt; quia lex præſumit hereditatem fuiſſe locupletem, heredémque ea ſubtraxiſſe, quæ falcidiæ ſufficiebant.

Ne-

20 Neque movet in contrarium, quòd teſtator diſpoſitione ſua, id eſt, legatorum datione nequeat efficere, ut filius legitimam amittat, quæ non niſi ex cauſis, quæ de inofficioſo querelam excludunt, tolli poteſt. Item, quòd liberi heredes inſtituti, ſi voluntatem teſtatoris intra annum adimplere diſtulerint admoniti, hereditatis quidem, non etiam legitimæ jacturam patiantur *Novell. 1. cap. 1. §. 1. & cap. 4. §. 1.* Nam ad prius reponi poteſt, non teſtatoris, qui filium heredem inſtituit, ſed legis hoc opus eſſe, quæ filio legitimam, quam confectô inventariô conſequi potuiſſet, in pœnam ſuæ malignitatis, quódque ipſe ſibi ſatìs proſpexiſſe credatur, non improbabili ratione adimit, exemplô falcidiæ, quæ ante *Nov. 1.* à teſtatore prohiberi non potuit, & tamen ejus ob neglectum inventarium à *d. l. fin. §. 14.* diſpendium inferri. Ad alterum mala à diverſis fit illatio: nec adeò peccat, qui tantùm differt implere defuncti judicium, quàm qui inventariô omiſsô ſibi diripiendi occaſionem, atque in necem legatariorum viam parat.

21 Contraria caſtra ſectantes Fachin. *controv. lib. 4. cap. 34.* Gail. *l. 2. obſ. 138. num. 14.* Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Colleg. D. Peregrini *Inſt. ad tit. de hered. qualit. num. 6. circa fin.* ſequentia in aciem educunt. I. Quòd legitima citra juſtam exheredationis cauſam non modò à teſtatore, ſed nec à lege tolli poſſit, utpote jure naturæ debita *cap. 1. de teſtam. in 6.* ſed etti lex poſſet, eam tamen id voluiſſe, nusquam liquet. Equidem quod in *d. l. fin. §. 14.* de falcidia ſtatutum eſt, nulla probabili cauſa ad legitimam extendi poteſt, cujus multò juſtior eſt ratio, major ſinè comparatione neceſſitas. Sæpiùs quidem in *d. l. fin.* mentio liberorum occurrit; ſed cùm Imperator de amittenda falcidia in *d. l. §. 14.* diſponit, ſolùm Ei de adeuntibus, id eſt, extraneis ſermo eſt. Sed neque ex *Nov. 1. c. 2.* firmum depromi poteſt pro amittenda legitima ſubſidium; cùm nominatim de falcidia concepta ſit. In *princ. d. cap. 2.* ait Juſtinianus, cauſam ſanctioni fraudem heredum dediſſe, per quam evenit, ut falcidiæ locus fiat, cui alioquin non eſ-

ſet

ſet locus ; quia ſalva quarta fuiſſet : atqui legitimæ nunquam non poteſt eſſe locus, ùt notum. Dein in *fin.* datur facultas teſtatori prohibendi falcidiam; quod nullo modo legitimæ convenire poteſt. Tametſi ergo legitima manifeſtè excepta non ſit, abunde tamen ſufficit, quòd ejus amiſſio nusquam inter pœnas inventarii omiſſi expreſsè recenſeatur, cujus conficiendi ad obtinendam legitimam nullum à lege præceptum habet, ſed eam filio leges deferunt ſinè omni conditione, modo, ac onere *l 32. C. de inoff. teſtam.* & velut æs alienum ex bonis paternis ſecerni volunt. Etenim, ùt Huberus proſequitur, multò juſtiùs eſt, legata pro quarta minui, quæ lex minui jubet, licèt inventarium non extet, quàm legitimam penitus tolli, quàm lex minui, nedum tolli tam rigidè vetat. Igitur incommodum filii, inventarium non componentis reſpectu legatariorum nullum eſt, ſed ſaltem creditoribus in infinitum tenebitur, adeò ut etiam, quod ſibi à parente debetur, eorum, non legatariorum, reſpectu amittat *d. l. fin. §. 12. l. 6. C. ad L. Falcid.* Alterum, quod præcipuè urget Huber. ſententiæ hujus argumentum eſt, quòd in eadem *Nov. cap. 1. & 4.* ſtatuatur, ſi heres intra annum legata non ſolverit, eum cadere hereditate, ſervatâ tamen liberis legitimâ. Si igitur tantus liberorum favor eſt, ut cùm extranei ob non impletam defuncti voluntatem tota excidant hereditate, *nihil quidem neque per falcidiæ neque per aliam cauſam quid percipere valentes d. N. cap. 1. §. 2.* liberi tamen hanc ob cauſam legitima non excidant, nulla quoque ratio apparet, cur non pariter à pœna, quæ ob neglectum inventarium extraneos jacturâ falcidiæ afficit, liberi eximantur.

Denique in confirmationem ex Fachinæo addi poteſt, 22
legitimam ab omni reſtitutionis injunctæ onere exceptam eſſe *Nov. 39.* Ergo legata, & fideicommiſſa, quibûs legitima vel tollitur, vel imminuitur, pro irritis, & non ſcriptis haberi debent; ergo filius etiam inventarium non conficiens propter ejusmodi legata damnum in legitima ſentire non poteſt; quia nullibi compoſitio inventarii eidem hoc effectu in-

jungitur, ut legitimam integram, & nulli oneri ſubjectam obtinere valeat: cùm enim legata, & fideicommiſſa mox ab initio legitimam nec tangant, nec afficiant; quia illa liberis integra reſervanda eſt *d. Nov. 39.* ſanè intelligi nequit, quomodo legatis ex poſtfacto ob non confectum inventarium abſorberi poſſit?

23 Obmoverit quidem aliquis, fraudem heredis præſumptam non minùs in filio ratione legitimæ, quàm in extraneo quoad falcidiam militare. Item, non confectô inventariô, heredem actionem & creditum, quod adversùs defunctum habuit, amittere. Nam ad prius Huberi reſponſio eſt (vereor, an ſatìs efficax?) præſumptionem hanc non poſſe latiùs operari, quàm rei veritas operaretur; ſed deprehenſus in ipſa fraude heres non aliter, quàm duplo mulctatur, minimè verò jacturâ legitimæ *d. l. fin. §. 10.* Forſan cum Bachov. *vol. 2. diſp. 12. theſ. pen.* Vinn. *d. cap. 28.* rectiùs quis dixerit, quod & humanum videtur, hanc præſumptionem contra liberos non eſſe tam vehementem, quin per rei veritatem, vel juratam ſpecificationem, quæ multis in locis in vim inventarii hodie admittitur, elidi poſſit, ſi fortè ipſi liberi, quibus jure naturæ deberi legitima dicitur, hereditatem non eſſe ſolvendo doceant, maximè cùm legatarii & fideicommiſſarii cercent de lucro captando. Ad poſterius, ait Fachin. quidquid de alio credito ſit, jus tamen illud ad legitimam, quod filius obtinet, minimè ex neglecto inventario extinqui; cùm jam per alias leges prorſus exemptum, atque à bonis, ſeu legatariis ſeu fideicommiſſariis exſolvendis, ſeparatum ſit. Quid, quòd, etiam inventariô nondum inventô, heres jus illud, quo ſibi defunctum obnoxium habuit, confuſione non obſtante, ſalvum adversùs legatarios obtinuerit *l. 6. pr. C. ad L. Falcid.* Quòd ſi igitur neglectô hodie inventarii beneficiô ſaltem falcidiam non lucratur, non tamen ultra hereditatis vires legatariis obſtringitur, ut etiam videri poſſit, neque hodie heredem credito ſuô in favorem legatorum excidere, nihil quo-

que

que impedit, quò minùs & legitimam, ceu æs quoddam alienum, adversùs eos ſalvam & illibatam retineat.

Si quis noſtram in hoc opinionum diſſenſu ſententiam 24
roget, non diſſimulabimus, priorem rigidiùs ad leges expenſam in theoria probabiliorem, ſed nec alteram improbabilem, atque tum ob æquitatem, tum, ùt Gail. *d. obſ. 138.* teſtatur, crebriorem ſuffragantium DD. calculum in foro tutiorem nobis videri. Cæterùm ipſi AA. plures caſus allegant, quibus heredi etiam omiſsô inventariô privatio quartæ falcidiæ remittitur, ùt videre licet apud Richt. ad *auth. ſed cùm teſtator C. ad L. Falcid.* velut ſi aliàs notoria ſint defuncti bona, & fortè in una re immobili v.g. ædibus conſiſtant, aut ipſi creditores fateantur, nihil ampliùs fuiſſe in bonis defuncti. Hisce Stryck. de *caut. teſtam. cap. 22. §. 4.* caſum addit, quo teſtator vel remiſit vel prohibuit inventarii confectionem, ne videlicet vel paupertas aliis ſit contemptui, vel bona invidiæ exponantur. At verò, ùt cit. Author monet, ejusmodi inventarii remiſſio ſaltem valet in præjudicium legatariorum, quibus teſtator nihil omino relinquere tenetur, vel relicta rurſus potuiſſet adimere; non verò in præjudicium creditorum, quorum jus quæſitum factô teſtatoris deterius fieri nequit Fachin. *l. 6. cont. cap. 25.* Quamquam hodie vix non totius Germaniæ conſuetudine, ubi ubi vel decimatio, vel Gabella emigrationis, aliáve quantitas pro modo bonorum relictorum pendenda eſt, ob intereſſe publicum fruſtra à teſtatoribus confectio inventarii prohibeatur.

Eadem de quarta, quam Trebellianicam vocant, amit- 25
tenda movetur quæſtio, ſi filius fideicommiſſo oneratus inventarium non conſcripſerit. Bachov. ad Treut. *vol. 2. diſp. 12. theſ. 9.* intereſſe vult, an heres purè, an ſub conditione, vel ex die reſtituere rogatus fuerit? Si primum, atque mox hereditatem quoque reſtituerit, negativam ſententiam procul dubio veram affirmat; eò quòd ideò videatur omiſiſſe confectionem inventarii; quia id onus jam non ad ſe, ſed ad fideicommiſſarium pertinere exiſtimavit. Poſterioris verò

membri deciſionem tam dubiam Lauterbach. ad *ff. lib. 36. tit. 1. §. 39.* fatetur, ut vix diſcerni poſſit, quæ ſententia ſit cõmunior. Pro amittenda Trebellianica fortiter pugnat Vinn. *ſelect. quæſt. lib. 2. cap. 28.* Schilt. *Exercit. ad Pand. 40. §. 25.* & alii complures apud Fachin. *lib. 4. cap. 38.* Gail. *lib. 2. obſ. 138.* I. A Juſtiniano diſertè cautum eſt, ut heres inventarium non confi-ciens quartam ex L. Falcidia deducere nequeat, ſed etiam ultra vires hereditatis legata & onera ſolvere teneatur; atqui hoc jus quartæ ex legatis per Legem Falcidiam detrahendæ poſtea per SCtum Pegaſianum ad heredem fiduciarium, & fideicommiſſa univerſalia, denique ex transfuſione Juſtinianea ad Trebellianum extenſum eſt, unde & quartæ ex fideicommiſſis deducendæ idem *falcidiæ* nomen hæſit, nec unquam ea jure noſtro aliter appellatur vid. *l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. l. 2. §. ult. ff. de jure codicill. l. 11. ff. de leg. 1. l. 30. §. 7. ff. ad L. Falcid. §. 3. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm.* & aliis locis infinitis; adeò, ut appellatio quartæ Trebellianicæ non jam à juris Conditoribus, quàm ab Interpretibus introducta & uſurpata ſit: cùm igitur quarta falcidiæ & SCti prorſus & nomine & effectu juris eadem cenſeatur, etiam jus, pœnámque inventarii neglecti ad utramque pertinere conficitur. Ad hæc II. Ratio amittendæ falcidiæ ob inventarium non confectum pariter in herede fiduciario militat, violenta nimirum præſumptio fraudis, ne plus quartâ heres in necem legatariorum ſubtrahat. Aut igitur heres fiduciarius non tenetur inventarium facere, aut ſi tenebitur, quod in confeſſo eſt, ſi non fecerit, dignus erit, qui eâdem pœnâ malignitatis ſuæ mulctetur; cùm alioqui liberam haberet graſſandi in hereditate facultatem. III. Denique in *Nov. 1. cap. 1. in prin.* etiam de heredibus fiduciariis & fideicommiſſariis univerſalibus agitur, ad quos proinde etiam ſequentia Novellæ rectè referuntur, ibi: *complebit legatarios, & fideicommiſſarios d. Nov. cap. 2. §. 2.* IV. manifeſtè in *l. 3. §. 1. ff. ad SCtum Trebell.* ſancitur, ut, quibus in caſibus falcidia locum non obtinet, illis & deſinat Trebellianica. V. Accedit ratio, quæ ſpeciatim heredem fi-

du-

duciarum attingit, quòd hic teneatur rationem reddere fideicommiſſario de adminiſtrata interim hereditate, niſi ea remiſſa fuerit à teſtatore *l. 71. §. 3. ff. de C. & D. l. 22. §. 3. ff. ad SCtum Trebell.* cùm ergo id ſinè inventario præſtare nequeat: illud quippe caput & fundamentum reddendarum rationum dicitur *l. 1. §. 3. ff. de tutel. & ration. diſtrab.* ergo ſi illud non confecit, legis beneficio indignus eſt. VI. Heres non conficiens inventarium creditoribus ultra vires hereditatis tenetur; ergo etiam fideicommiſſariis, quod reſtituere rogatus, id integrum absque ulla imminutione à quartæ detractione reſtituet: ſi enim ob neglectum inventarium damno fiduciarius affici poteſt, multò magis & lucrum Trebellianicæ amittere.

Neque dicere juvabit, leges correctorias non eſſe ultra 27
caſum expreſſum extendendas, odia reſtringenda; præſertim cùm hìc inter Trebellinanicam & Falcidiam magna differentia intercedat; cùm hæc ex rebus certis, illa ab univerſa hereditate detrahatur. Nam nulla hìc apparet extenſio: nec enim Trebellianica nova quarta eſt à falcidia diſtincta, ſed eſt illa ipſa quarta falcidiæ, quæ ad fideicommiſſa ex SCto Pegaſiano producta eſt. Quin etiam legis correctoriæ, rationem correctionis exprimentis, extenſionem fieri poſſe ob identitatem, ùt vocant, rationis communiter DD. apud Gomez *lib. 1. reſolut. cap. 5. num. 11.* ſtatuunt. Quæ etiam ratio eſt, quòd ex eo, quia Juſtinianus teſtatori permiſit prohibere detractionem quartæ falcidiæ, communiter DD. inferant, teſtatori quoque fas eſſe, prohibere retentionem Trebellianicæ Schilt. *Exercit. 40. lib. 36. §. 23.* Voët. *ff. tit. ad SC. Trebell. num. 57.* Necquidquam heredi fiduciario patrocinari poteſt allegata, quæ inter unam & alteram quartam intercedit, diſcriminis ratio: ut enim quartæ ex fideicommiſſo detrahendæ ratio & calculus iniri poſſit, utique bona conſignanda, ac æſtimanda erunt. At unde hujus conſignationis certitudo? an non multa interim heres ſubtrahere potuit? & an fortè, quia fiduciarius heres eſt, majoris quoque is fidei cenſendus eſt?

utut igitur concedatur, heredem fiduciarium ex directa hujus Nov. disposítione Trebellianica non excidere, eâ tamen ex mente legis ac per consequentiam privandus est; cùm suô factô ac culpâ effecerit, quò minùs Trebellianicæ quantitas determinari, ipse verò à suspicione rerum subtractarum liberari possit.

27 Contrariæ sententiæ Defensorum, inter quos Gailius *l. 2. obs. 138. num. 13.* Harpprecht de *jure deduc. duas quartas.* Voët. *cit. tit. num. 58.* Huber. ad *Inst. tit. de hered. qualit. & different. num. 5.* Clariss. ac Colendiss. D. Collega D. Peregrini ad *Instit. tit. de fideicommiss. hered. num. 14.* unicum ferè ac præcipuum fundamentum est, quòd nulla lex proferri possit, quæ fiduciario, inventarium non conficienti, jus detrahendæ quartæ adimat, neque, quod de amittenda falcidia statutum est, id ad Trebellianicam extendi, ratio persuadeat; cùm longè maxima inter unam & alteram quartam disparitas occurrat. Nam ratio prohibendæ falcidiæ hæc est; quia legata, vel certa specie, aut definita quantitate relinquuntur, quæ si integra præstari posse ab herede negentur, is, si non confecerit inventarium, suspicione se onerat, quòd quædam ex hereditate subtraxerit ad inducendam falcidiam, aliàs non competituram: neque enim in bonorum designatione leges præsumunt testatorem facilè errâsse, aut ultra dodrantem heredem gravâsse; ut adeò heres, si queratur, falcidiam sibi salvam non esse, & testatorem fortè plus de bonis suis sperâsse, quàm in his est, id legitimô modô, id est, fida rerum hereditariarum descriptione docere debeat. Econtra Trebellianica non à certis, sed universis, non determinatis per testatorem bonis deducitur, adeóque non eadem est suspicandi occasio adversùs heredem fiduciarium, quæ est adversùs falcidium. Deinde etsi nihil heredes universâlî fideicommissô gravati malignentur, id est, nihil surripiant vel occultent, semper tamen detrahere possunt quartam pro authoritate SCti Trebelliani: at falcidia tum demum detrahitur, cùm ultra dodrantem hereditas legatîs gravatur, ex qua, si heres nihil fortè suppressisset, poterat ei legatîs solutîs

ac

ac detractîs remanere quarta pars integra hereditatis, ut jam fruſtra tentet inducere falcidiam *d. cap. 2. in princ.* Simile eſt, quod Voët. *cit. tit. num. 58.* hanc in rem addit: univerſalî, inquit, fideicommiſsô gravatus nunquam plus præſtat univerſali fideicommiſſario, quàm accepit, dum non res ſingulas vel deſignatas quantitates, ſed jus hereditarium, quod vel plura vel pauciora complecti, nec tantùm lucroſum, ſed & damnoſum eſſe poteſt, reſtituere rogatus eſt. At legatis, quorum præſtatio certa quantitate injungitur, etiam ultra hereditatis vires gravari quis poteſt à teſtatore, plus in bonis ſuis ſperante, quàm in his eſt: quoniam igitur quælibet hereditas, niſi aliud per inventarium legitimè conſcriptum appareat, hodie poſt *Nov. 1. cap. 2.* ad omnia tum alieni, tum legatorum integrorum onera ſufficiens eſſe creditur, heres eam ſinè inventario adeundo ad defuncti voluntatem in ſolidum implendam ſe obſtringit.

Unde, etſi maximè id Adverſariis concedatur, *falcidiæ* ap- 28
pellationem in jurè æquè ad quartam ex fideicommiſſis univerſalibus detrahendam pertinere, ex eáque ad Trebellianicam, quæ ejus exemplo reperta eſt, plerumque tutò argumentum ducere licere, non tamen inde ſequitur, in utraque idem ſemper in omnibus obtinere, dum multa, quæ inter hanc & illam diſcrimina intercedunt, nemini ignota eſſe poſſint, ùt paulò antè, quod ad præſentem rem pertinet, prolixiùs demonſtratum eſt. Et ſanè ipſum Imperatorem commune Falcidiæ amittendæ nomen, ejúsque pœnam ad legata ſolùm & fideicommiſſa particularia reſtrinxiſſe, totus *Novell. 1. cap. 1.* (nam ex hoc, non priori capite, quod aliud ab inſtituto noſtro argumentum pertractat, deciſio præſentis quæſtionis petenda eſt) contextus loquitur: ait enim Imp. in *pr. d. cap 2. & non per ea, quæ fortè ſurripiunt, aut malignantur, introducere falcidiam pertentent: cùm utique, ſi nihil malignati eſſent, fortè non competeret*; at quartam Trebellianicam heredi, univerſalî hereditatis fideicommiſsô gravato, palam competere notum eſt, ut non poſſit videri eam demum induci

per

per ſubtractionem. In §. 1. Legislator proſequitur: *quando homines excipimus ex damno rerum ſuarum, in aditionibus ſtatuentes onera usque ad ſubſtantiæ relictæ menſuram: illò adjectò ſolò, ut oporteat hujusmodi heredem, qui non creditorem ſolùm, ſed etiam legatarios & fideicommiſſarios veretur, & metuit non damnificari ſolùm, ſed etiam non lucrari, convocare omnes legatarios, & fideicommiſſarios.* Quid eſt, quòd perpetuò fideicommiſſarios legatariis hìc poſtponat? qui utique priori loco, ſi univerſales forent, ob præcellentiam tituli, & heredis prærogativam memorandi videbantur? imò verò nec eorum usque ad §. 2. in ſequentibus mentionem ullam ampliùs faciens de ſolis legatariis ſermonem proſequitur, quaſi eorum præcipuè, ac ſolum negotium ageretur. Dein cur heres metuat, ne à fideicommiſſariis univerſalibus quartam non lucretur, quibus hereditatem non definita quantitate rogatus eſt reſtituere: is ſolùm ei à legatariis metus incumbit, ne, cùm his ſolida legata præſtaret, integram falcidiam ipſe retineat. Nihil ut dicam, fideicommiſſarios univerſales minimè attingere, quod porro in *d. Novell. §. 2.* dicitur: *ſi verò non fecerit inventarium, non retinebit falcidiam, ſed complebit legatarios, & fideicommiſſarios; licèt puræ ſubſtantiæ morientis tranſcendat menſuram legatorum datio*: cùm enim incertæ quantitatis præſtationem fideicommiſſa univerſalia contineant, hæc neque ſubſtantiæ morientis menſuram poſſunt excedere, neque complere id, quod definitum non eſt. Sanè ergo neceſſe eſt, ut per fideicommiſſarios, quos Imperator in hoc capite memorat, non alii, quàm ſingulares, qui pari cum legatariis conditione habentur., intelligi queant.

29 Urges: fiduciario hoc ipſo, quod ad inventarii confectionem obſtrictus ſit, negligentiam ſuam non impunem eſſe debere; cùm alias ei in bonis reſtitutioni obnoxiis liberè graſſandi præbeatur occaſio. Neque verò id hujus ſententiæ fautores volunt; duntaxat contendunt, pœnam in quartæ Trebellianicæ amiſſione non conſiſtere; cùm hoc nullibi expreſſa lege ſancitum ſit: magìs ergo videtur, negligentiam fiduciarii

rii ad ductum aliarum legum per id coërcendam eſſe, quòd adversùs eum in litem juretur ab illo, cujus intereſt, inventarium confectum non eſſe, prout id non modò in tutoribus, repertorium non conficientibus, receptum fuit *l. 7. pr. ff. de adminiſt. & peric. tutor.* ad quorum ferè exemplum fideicommiſſario rationes reddere tenetur *l. 22. §. 3. ff. ad SCtum Trebell.* ſed & in ipſis heredibus, qui inventarii beneficium ſpernentes, & ad antiquum deliberandi jus transeuntes, dum poſt deliberationis ſpatia hereditatem repudiant, inventariô minimè conſcriptô, res hereditarias interim à ſe poſſeſſas, creditoribus vel his, qui vel ex ſubſtitutione, vel ex lege ad hereditatem vocantur, reddere compelluntur, quantitate earum *ſacramento* res accipientium manifeſtanda, cum taxatione tamen à judice ſtatuenda *l. fin. §. 14. in fin. C. de jure delib.* Id unum pro removendo, ſi quod ſupereſſe poſſet, dubio addendum, argumenta in contrarium tum demum adversùs hanc ſententiam plenè evincere, ſi id conficerent, ut nullo non caſu heres ob neglectum inventarium omni hereditatis lucro excidere deberet. Verùm cùm is falcidiæ diſpendium vel in totum, vel pro parte, eo duntaxat in caſu ſubeat, quo legatorum ea quantitate, qua à teſtatore relicta ſunt, præſtationem recuſat, non erit hæc pœna ob deficientes terminos habiles ad Trebellianicam extendenda. Et quoniam hæc ſententia teſte Fachin. Gail. Mynſing. *cent. 3. obſerv. 60.* in ſummis Imperii Latiíque Tribunalibus & Curiis firmata eſt, hinc etiam præ altera, quæ ſua pro ſcholis probabilitate non caret, forum Sectantibus cõmendanda. Eſt & alius inſignis ſive aditionis, ſive immixtionis effectus, quòd heres factum defuncti præſtare debeat pro ea parte, qua heres eſt *l. 14. C. de R. V. l. 149. ff. de R. J. l. pen. C. de hered. act. l. 3. C. de reb. alien. non alien. l. 24. C. de donat. l. 1. §. 1. ff. de except. rei vend. & trad.* nam ſicut ſuum quisque factum, ita & defuncti, quem repræſentat, & cum quo una civiliter perſona fingitur, ratum habere debet. Et hoc non tantùm, ſi defunctus ea fecerit, quæ jure facere potuit, ſed & ſi quæ perperam & non jure, modò

talia ſint, quæ poteſtati heredis obnoxia, valorem & confirmationem jure recipere valeant: quòd ſi enim leges, & ſtatuta defuncti factum in totum irritent, ejúsque valori reſiſtant, neque heres ad illud exequendum cogi poteſt, veluti ſi binubus uxori ſecundæ plus dederit, aut reliquerit, quàm alicui ex primi thori liberis heredibus, cui minimum datum, aut ſi aliter in genere defunctus heredem defraudare, vel privare voluerit beneficiis, à lege heredi conceſſis, de quo vid. pleniùs differentem Pinellum ad *l. 1. C. de bonis mater. p. 3. num. 79. & ſeqq.* Ant. Matth. *diſput. ſelect. 3. ad l. 14. C. de R. V.* Roſenthal. de *feud. cap. 9. memb. 2. concl. 69. num. 12.* & Barboſ. in *verb. heres.* Priori autem aſſerto conſequens eſt, filium rem ſuam, multò magìs ex cauſa fideicommiſſi ſibi debitam, à patre diſtractam vid. *l. 69. §. 5. ff. de leg. 2. l. 114. §. 15. ff. de leg. 1.* pro ſua parte hereditaria vindicare non poſſe, doli mali exceptione per emptorem pro ea portione, quæ ex hereditate ad eum pervenit, repellendus *d. l. 14. d. l. 24. l. 7. C. de neg. geſt.* quia adeundo videtur conſenſu ſuo factum defuncti approbâſſe *l. 7. C. de liber. cauſ.* cui proinde contravenire nequit *l. 31. ff. eod. l. 73. ff. de evict.* ſive primus heres ſit, ſive heredis heres; quippe qui æquè heredis appellatione continetur *l. 65. & 70. ff. de V. S.* cùm enim heredem talem de evictione teneat actio, eundem agentem multò magìs repellet exceptio *l. 17. ff. de evict. tot. tit. ff. de except. rei vend.* Sande de *prohibit. rer. alien. p. 3. cap. 8. §. 3. n. 32. & ſeqq.* Voët. ad *Pand. tit. de R. V. n. 16.*

31 Et quamquam aliqui apud Zoëſ. ad *tit. de R. V. num. 33.* contendant, heredem, ſi is rem ſuam, à defuncto alienatam, ex jure proprio vindicare, & ſolum intereſſe perſolvere velit, non eſſe prohibendum *arg. l. 73. ff. de evict. l. ult. C. eod.* hæc tamen ſententia communiter exploſa, & per argumenta ſuperiùs adducta penitùs convicta eſt. *D. l. 73.* ſaltem electionem præbet convento, utrùm malit heredem vindicantem exceptione repellere, an evictionem admittere, dein contrà heredem agere de evictione. *L. ult. Cod. de evict.* eam ſaltem fidejuſſoris heredi tribuit facultatem, qui cum herede venditoris mi-

minimè eodem jure habetur: ſiquidem hic tenetur ad *plenum* fidejuſſionis effectum, cujus duo membra ſunt, *unum* ut præſtetur *habere licere*, quo pertinet detentio; *alterum*, ut re evicta intereſſe ſolvatur: ad hoc, non illud, fidejuſſor ejúsque heres obligatur; unde etiam nec laudari eum oportet, ùt ſubtiliter rem enucleat Illuſtris ac Clariſſ. D. Collega de Herz in Herzfeld. in *Magiſtr. Rom. tit. de evict. num. 6.* Burg. *Tract. de evict. cap. 97.* Zoëſ. *num. 36.* Communiter tamen DD. volunt, filium, rem à ſuo patre diſtractam intra ſtatutum tempus retrahere volentem, audiendum eſſe; quia tum non directè venit contra factum defuncti; eo quòd retrahendo non improbet alienationem, ſed confirmet, & ſe tantùm ſurrogari petat: neque heres hoc caſu de evictione tenetur; quia res non avocatur ex vitio rei, vel defectu juris venditoris, ſed ex ſtatuto vel conſuetudine retractum admittente Zoëſ. *d. l. num. 34.* Tyraquell. *de Retract. conſang. §. 1. Gloſſ. 9. num. 51 & 58.* Brunnem. ad *l. 14. C. de R. V.*

Hæc, quæ de prohibita rei ſuæ vindicatione diximus, 32
procedunt, etiam ſi filius inventarium confecerit Voët. ad *Pand. tit. de acquir. vel omitt. hered. num. 32.* quia per hoc ſaltem ſuas adversùs defunctum actiones ſalvas præſtat, non etiam adversùs tertium, cui ex ipſa defuncti perſona, hereditatem adeundo, obnoxius redditur Id tamen confectô inventariô conſequitur, ut, cùm aliàs eo non condito ſive pluris vaſeat res per defunctum vendita, quàm eſt in portione hereditaria ejus, cujus eſt res, ſive minoris ſit pretii, ſimpliciter pro parte, qua heres eſt, rem alienatam revocare nequeat *arg. l. 70. §. 1. ff. de leg. 2.* tum id aliter non prohibeatur, quàm quatenus æſtimationem rei alienatæ ex rebus defuncti ſibi ſalvam habet, ſic, ut non tam pars ea, qua heres eſt, ſed tantùm modus emolumenti, ex hereditate percepti, ſpectandus ſit in quæſtione, an & pro qua parte talis heres rem ſuam à defuncto alienatam vindicare poſſit *arg. l. 13. §. ult. ff. de fund. dot.* nam inventarii confectio hoc heredi beneficium tribuit, ut nullum incurrat damnum *l. ult. §. 4. & 9. C. de jur. delib.*

33 Sed non immeritò quærat aliquis, quî fieri poſſit, ut pro parte hereditaria heres rem ſuam vindicet, qui tamen emptorem, quo minùs res ab alio evincatur, defendere tenetur? Defenſio, quæ ſub obligatione præſtandæ evictionis continetur, individua eſt, ſingulósque heredes in ſolidum obſtringit *l. 62. §. 1. ff. de evict. l. 3. l. 85. §. 5. l. 139. ff. de V. O.* fieri igitur nequit, ut quis pro parte rei ſuæ poſſeſſionem, quæ in ſolidum à defuncto diſtracta eſt, ab emptore avocet, pro parte defendat. Atque hoc argumentum tanti quibusdam viſum eſt, ut etiam ex parte heredem nullam rei ſuæ partem evincere poſſe arbitrentur, ſed eum velint ex natura præſtandæ evictionis in conſequentiam à vindicatione penitus eſſe excludendum. Hanc difficultatem paſſim ab aliis prætervectam Burgund. *Tract. de evict. cap. 52.* ita tollere aggreſſus eſt. Obligatio defenſionis, ait ille, quidem individua eſt, non naturâ ſuâ, quemadmodum ſervitus, ſed lege, quæ id in favorem & commodum creditoris introduxit, ne, defenſione in plures heredes ſciſſa, incommodo aliquo afficiatur emptor, alio forſan herede victo, alio vincente: unde æquum leges cenſebant, ut quemadmodum una eſt emptio, ita una ſit evictionis obligatio *d. l. 62. §. 1.* poſsítque emptor unâ eâdémque ſententiâ condemnatos omnes habere nomine evictionis *l. 5. §. pen. ff. judicat. ſolv.* interim volente creditore ſinguli heredes ad defenſionem partis ſuæ admittuntur, atque ita defenſio pro parte præſtari, & dividi poteſt. Singuli itaque heredes tenentur defendere in ſolidum, non tamen tanquam heredes in ſolidum, ſed tanquam heredes pro parte: defenſione enim facta obligatio evictionis reſolvitur in partes, & unúmquemque heredem tantùm pro portione hereditaria in id adſtringit, quod intereſt *d. l. 85. d. l. 139.* Unde etſi obligatio defenſionis propter incommodum emptoris ſit individua, in ſingulos tamen heredes non aliter deſcendit, quàm ſub expreſſa partium contemplatione. Quòd ſi ergo vel nullum inde incommodum emptori accreſcat, vel ipſa æquitas dividi obligationem poſtulet, dicendum eſt, eam ad naturam

ram ſuam redire, & quantum quidem ad heredem, rem ſuam pro parte vindicantem, attinet, ex individua fieri dividuam. Cùm ergo *l. 14. C. de R. V. l. 3. C. de reb. alien. non alien.* permittat filio vindicare rem ſuam pro ea parte, qua non ſucceſſit, neceſſe eſt, ut in illa jurium diverſorum colliſione ad evitandam legum contrarietatem id, quod pro regula communiter traditum eſt, videlicet *unius venditoris heredes ſingulos debere rem venditam in ſolidum defendere:* item, *quòd heres factum defuncti ratum habere teneatur*, in hoc quidem caſu, quando heres non ex aſſe talis rem ſuam vindicat, officium ſuum perdere, nec ei ultrà, quàm pro ea parte, qua is heres eſt, exceptionem rei venditæ obſtare; cùm quoad reliquas partes perinde ùt extraneus habeatur, nec eatenus defunctum repræſentet, ut nec impediendus ſit, ex proprio jure rem vindicare. Confer Lauterb. *Colleg. Pand. tit. de except. rei vend. §. 5.* Mollenb. in *Theſaur. juris*, & alios paſſim ad *eund. tit.* Commentatores.

Quòd ſi filius in ſola legitima inſtitutus fuerit, proba- 34
bilius eſt, eum à vindicatione totius rei ſuæ non eſſe repellendum, utcunque legitimam non quotam ſaltem bonorum, ſed etiam hereditatis, filiúmque pro parte heredem eſſe admittamus: quoniam, ſi ſecus ſtatueretur, nullo negotio legitimæ fraus fieri, & leges, legitimam ſinè ullo onere ac gravamine ex bonis parentum liberis præſtari volentes, eludi poſſent. Quòd ſi filius olim exheredatus, licèt totam legitimam titulo particulari percepiſſet, jure poterat rem ita alienatam vindicare, abſurdum fuerit, filii conditionem, ex quo is hodie poſt *Nov. 115.* neceſſariò in ea inſtituendus eſt, facere deteriorem, atque id, quod ad commodum & exiſtimationem liberorum conſtitutum eſt, in eorum perniciem detorquere; ideóque filium, ut maximè ſummo jure exceptione repelli poſſe videatur *arg. l. 14. C. de R. V.* replicatione, vel ſi poſſideat, adversùs actionem de evictione exceptione defendendum exiſtimaverim: quoniam hodie poſt aucta à Juſtiniano legitimæ jura, & detracto ab illa omni gravamine, le-

gitima jam non ampliùs ùt ſimplex hereditatis pars, ſed ſimul ùt portio quædam ab ipſa natura debita, vel ùt Juſtinianus loqui ſolet, tanquam æs alienum, ex patris ſubſtantia gratìs exſolvendum, conſiderari debet. Et tametſi id etiam concederemus, legitimam adhuc hodie per debita hereditaria minui poſſe, tamen id ſaltem conſequeretur, filium ob id, quod re ſua evicta emptori intereſſe ex hereditate perſolvendum eſt, imminutam per id, utì per aliud quodvis æs alienum legitimam accipere. Quòd ſi filius non in quota hereditatis, ſed in re certa, etiam quæ legitimam excedat, dato ei coherede univerſali, iuſtitutus foret, minùs ei rem ſuam vindicanti exceptio rei venditæ opponi poterit: quoniam filius ita inſtitutus hereditarias actiones neque excipit, neque exercet *l. 13. C. de hered. inſtit.* Utrùm verò filius ſupra legitimam heres ſcriptus hereditatem ſcindere, & ad declinandum onus eidem nocivum, retentâ legitimâ, reliquum dimittere valeat? Alterius quæſiti eſt, à nobis infrà ſub rubrica de legitima diſcutiendi.

35 Recenſuimus hactenus effectus, qui ſequuntur filium ſe ſe immiſcentem. Illi nunc memorandi occurrunt, quos jura inducunt, filio ſe à paterna hereditate abſtinente. Qui ſi coheredem vel ſubſtitutum habeat, hi in portionem ejus deficientem ſuccedent: tametſi enim filius patri ſuperſtes etiam citra immixtionem ipſo jure heres ſit *l. 11. ff. de liber. & poſth.* ut videri poſſit, ſubſtitutionem tanquam deficiente ejus conditione: *ſi inſtitutus heres non erit*, evaneſcere, aut eventum nullum habere poſſe; cùm in *l. 30. §. 10. ff. de fideicommiſſ. libert.* dicatur, *non videri ſinè herede decedere, qui ſuum habet heredem, licèt ſe abſtinentem*; quoniam tamen pater non nudum ſui heredis nomen, ſed effectum, & actualem heredis exiſtentiam reſpexiſſe videtur; cùm aliàs fruſtra ſibi providiſſet ſecundùm leges, ejusmodi ſubſtitutionem permittentes *l. 44. ff. de re judic.* filius abſtinens locum facit ſubſtituto *l. 2. §. pen. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quoniam hoc caſu jure prætorio pro herede

non

non habetur, manétque verum, quod vulgò traditur, nudam ſui heredis exiſtentiam non extinquere tabulas vulgares.

Ex quibus manifeſtè conſtat, minimè admittendum eſſe, 56
quod Voët. ad *Pand. tit. de vulg. & pupill. ſubſtit. n. 21.* poſtquam argumentîs aliquot adſtruxiſſet, ſola ſui heredis exiſtentiâ confirmari tabulas pupillares, huic quoque conſequens eſſe ſcribit, ſubſtitutionem vulgarem expreſſam, heredi ſuo impuberi factam, vel etiam ſub expreſſa pupillari tacitè comprehenſam non aliter aliquid operari poſſe, quàm ſi pupillus ante patrem moriatur. Si enim vel momento ſupervixerit, ſtatim ipſo jure patri ſuo heres eſt, & ita non vulgaris, ſed pupillaris ſubſtitutus admittitur; ſi fortè pater alium in caſum vulgarem, alium in pupillarem filio impuberi ſubſtitutum dederit. Necquidquam obſtare putat cit. Author, quòd aliàs formula: *ſi heres non erit*, contineat in ſe & caſum *impotentiæ*, & caſum *noluntatis*, quem tamen minimè continere poſſet, ſi filius poſt patris obitum alium, quàm ſubſtitutum pupillarem habere non poſſet. Etenim, ait, formula illa, *ſi heres non erit*, operatur quantum poteſt pro diverſitate perſonarum, quibus ſubſtituitur, adeóque cùm aliud denotet in patrefamilias, aliud in filiofamilias, aliud in ſervo §. *ult. Inſt. de vulgari ſubſtit.* nihil abſurdi eſt, eam in perſona pupilli, in poteſtate poſiti, à patre conceptam ſolùm impotentiæ, non item voluntatis caſum complecti. Sed verò gratìs hoc aſſeri non probari nemo non deprehendit. Plura ad hæc refutanda non addimus, ſatìs ex iis, quæ ſub forma liberos inſtituendi *num.* 54. liberaliùs à nobis collocata ſunt, conſtat, ſubſtitutionem filio ſuo factam, non minùs, quàm conditionem, *ſi voluerit*, ei appoſitam, ex herede neceſſariò facere voluntarium, atque ob eam filium reſpectu ſubſtituti perinde cenſeri, ac ſi, cùm noluerit, is heres non exiſtat *l. 12. ff. de condit. inſtit.* quæ formula eſt ſubſtitutionis vulgaris. Certè intelligi non poteſt, qui nepotes in caſu *l. fin. ff. eod.* filio ſub poteſtativa conditione inſtituto ſubſtituti, filio eam implere nolen-

lente, adeóque hereditatem reſpuente, ex tabulis pupillaribus ad avi hereditatem vocentur?

37 Quòd ſi filius nec coheredem ex teſtamento, aut ſubſtitutum habuerit, ad proximos agnatos, cognatósque defuncti hereditas ab inteſtato devolvitur, exclusîs etiam propriîs abſtinentis filii deſcendentibûs, ídque regulariter tam de jure civili, quàm prætorio. Et quidem ratio juris civilis in eo ſatìs conſtat, quòd hoc jure nepos aliter ad avi ſui hereditatem venire nequeat, niſi ex jure patris transmiſſo; id verò ſuccidit præcedens patris repudiatio *l. 19. C. de jur. delib. l. un. C. de his, qui ante apert. tab.* Idque apertè deciſum eſt in *l. 1. §. 8. ff. de ſuis & legit. hered.* ubi: quamvis inter ſuos, hoc eſt, deſcendentes locus edicto ſucceſſorio non ſit, fieri tamen poſſe ait Ulpianus, ut nepotes & deinceps, etiamſi parentes eos mortis tempore præceſſerunt, ſui interdum heredes exiſtant, ſcilicet cùm heres ſcriptus, quo deliberante filius exheredatus deceſſit, poſteà hereditatem repudiat; quoniam tum filio hereditas nondum delata fuit. Quò etiam facere videtur *l. 6. C. de legit. hered.* ubi ſuis heredibus vel abſtinentibus vel repudiantibus non nepos, ſed ſimpliciter frater defuncti jure conſanguinitatis ſuccedere dicitur. Neque dicas, nepotem hìc ſub ſuis contineri: nam ſuitas in uno tantùm gradu conſiſtit, & conſumitur, ut nulla ratione fieri poſſit, quòd ille, cui pater obſtitit, tanquam ſuus tempore delatæ hereditatis, jure ſui ad hereditatem avi pertingat. Et quamquam Juſtinianus jus civile vetus in hoc correxerit, quòd ſucceſſorium edictum, quo Prætor repudiatam à proximo ſucceſſionem ſequenti defert, ad heredes legitimos pariter extenderit *§. 7. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* iſta tamen extenſio ad deſcendentes ex ipſis abſtinentibus minimè pertinet; quia ſeries titulorum, & ratio, ob quam edictum ſucceſſorium ad agnatos porrigi voluit Imperator, ſatìs declarat, Legislatorem id de agnatis propriè ſic dictis ſtatuiſſe, quales non ſunt niſi illorum collaterales *princ. Inſt. eod. l. 2. ff. de ſuis & legit.* & nepos, qui non eſt ſuus, agnatus quoque eſſe negatur *l. 7. pr. ff.*

ff. ſi tab. teſtam. null. extab. nec caſus emergere unquam poteſt, ut hi aſcendentium tutelâ defungantur. Præterea agnati, ceu extranei jus ſuum habent ſeparatum & independens à proximioribus, ac proinde, his hereditatem reſpuentibus, ſalvum & efficax ad ſuccedendum : econtra filius ſuus ſtatim ipſo jure heres avo fit, talísque jure civili manet, licèt ejus ſe hereditate abſtinens *l. 30. §. 10. ff. de fideicommiſſ. libert.* adeóque in eadem linea ſequentibus, & ex jure filii jus ſuum ſuccedendi metientibus obſtat, quò minùs avitæ hereditatis ſucceſſores efficiantur.

Neque hactenus per *Nov. 118. cap. 1.* ubi ſimpliciter pri- 38
mo gradu non extante ſecundus deſcendentium gradus vocatur, quidquam mutatum fuit; quoniam ibi nulla de ſucceſſione graduum in caſum repudiatæ à filio hereditatis fit mentio, ſed id ſaltem ſtatuitur, ut nepotes vel pronepotes, patre eorum ſublato, proximum obtineant gradum, & ita avi ſui hereditatem. Sed nec aliud, quod ad jus prætorium attinet, probat *l. 5. §. fin. ff. unde liber.* juxta quam filio emancipato, bonorum poſſeſſionem non petente, ita integra ſunt omnia nepotibus, ac ſi filius ne quidem adfuiſſet. At verò aliud omnino eſt, bonorum poſſeſſionem non petere, qui *d. l. 5.* caſus eſt, aliud eam penitus rejicere : hoc, non illud impedit transmiſſionem ; nam repudianti bonorum poſſeſſionem non datur ampliùs ejus petitio, ſed jam cœpit ad alios pertinere *l. 1. §. 6. ff. de ſucceſſ. edict.* non deſcendentes utique ob *l. 1. §. 8. ff. de ſuis & legit.* ſed collaterales.

Meritò tamen aliquis tentaverit, an non aliâ juris viâ 39
nepotibus hoc in caſu ſuccurri poſſit? Primam ex *l. ult. C. de repudian. vel abſtin. hered.* velut per modum exceptionis indigitat Clariſſ. ac Conſultiſſ. Wilkowitz Supremi Aulico-Mareſchallici Viennenſis Aſſeſſor graviſſimus *Tract. de ſucceſſ. ab inteſt. theſ. 18.* Conſtat autem ex ea lege, ſuis hereditatem recuſantibus triennium impertiri ad revocandam omiſſam hereditatem, ſi quidem hereditas in eodem ſtatu permanet, nec interim res hereditariæ diſtractæ ſint. Currit autem hoc

triennium majorenni à die abſtentionis, minori verò poſt lapſum tempus reſtitutionis, id eſt, ab anno vigeſimo nono. Quòd ſi res hereditariæ jam ſint divenditæ, ne quidem minorenni regreſſus aut reſtitutio datur, præterquam ſi eo adhuc minore diſtractio earum facta ſit, ubi ſpeciali juris favore in integrum reſtitutionem impetrare poteſt *d. l. fin.* Quòd ſi igitur pater intra prædicta regreſsûs tempora deceſſerit, jus revocandi eidem competens ad nepotes transibit. Quod cùm de reſtitutione, ex capite ætatis abſtinentibus conceſſa, ſatìs exploratum eſſe videatur *l. 5. C. de temp. in integr. reſtit.* ita & de reſiduo temporis triennalis in nepotes tranſituro argumento nobis eſſe poteſt, quòd hoc jus revocandi cohærens eſſe videatur juri deliberandi *l. 8. ff. de jur. delib.* non quidem communi, & ad quosvis heredes extenſo, ſed liberis duntaxat cum aliis peculiaribus privilegiis à legibus antiquioribus dato, & ad ſuam poſteritatem transire conceſſo *l. 19. C. eod.* Nec minus, quod ajunt Impp. in *l. un. C. de his, qui ante apert. tab.* nepotibus hoc in caſu conſulendum eſt, *ut hoc habeant ſuæ triſtitiæ ſolatium.* Accedit, quòd dictum jus revocandi quamdam ſapiat reſtitutionem *d. l. 8.* quæ manente in nepotibus eadem æquitatis ratione iis non videtur deneganda.

40 Alterum ex *l. 1. §. 11. ff. de ſucceſſ. edict.* nepotibus præſidium ſuppeditat Stryck. *Tract. de ſucceſſ. ab inteſt. cap. 2. §. 3.* ubi ille, cui bonorum poſſeſſio ex capite *unde liberi* delata, tempore vel repudiatione excluſus eſt, tum pater delata cæteris proximis ſucceſſione adhuc ſibi ipſi ita ex edicto ſuccedere poteſt, ut bonorum poſſeſſionem, qua ex capite *unde liberi* excidit, ex ſequenti parte *unde legitimi*, aut porro *unde cognati* petere valeat. Item & hoc dici poterit in ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſione, ut ſi ſecundùm tabulas non petiêrit is, qui potuit & ab inteſtato ſuccedere, ipſe ſibi ſuccedat. Quòd ſi ergo hoc in ipſo repudiante obtineat, cur non æquè in ejus filio procedat, cùm & hic jure legitimorum & cognatorum cenſeri poſſit? Et ſi, patre ex capite *unde liberi* ſe non immiſcente mortuo, Prætor nepotem admittit ad avi ſucceſſionem

l. ult.

l. ult. C. unde liber. cur non patre ex eodem capite hereditatem avitam repudiante, & eapropter ex capite *unde legitimi* ſucceſſionem petere valente, etiam nepos ex hoc titulo admittendus foret, ſi pater deceſſerit, & ex hac parte bonorum poſſeſſioni non renunciaverit, nec ab ea tempore excluſus ſit. Quòd ſi ergo omni bonorum poſſeſſioni renunciaverit, nepoti quoque nullo Prætoris remedio conſultum eſſe poteſt, ſed manebit is perpetuò ab avita hereditate excluſus.

Quoniam igitur, ùt ſæpiùs dictum, filius ſuus ipſo jure, 41
& ſinè ullo facto ſuo heres fit, etſi, ne cum ſuo diſpendio in æs alienum invitus detrudatur, ex Prætoris beneficio, aliquando & patris voluntate à paternis bonis abſtinere poſſit, ut jam effectu ipſo heres non exiſtat, ſed ſolo nomine tenus talis eſſe intelligatur; nihilominus tamen hanc nudam ſui heredis exiſtentiam non voluerunt leges ſuis planè deſtitui effectibus, ſed aliquos, illos præcipuè, qui filii commodum magis ſpectant, aut cùm aliàs favor cauſæ id exigit, ſuperſtites manere, atque adeò per ſuitatem heredis ſecundùm quid paternum teſtamentum confirmari: id enim aliquo modo valere oportet, ut effectus ex eo intelligantur *arg. Novell. 115. cap. 3.* Atque hinc eſt I. quòd tutor teſtamentô pupillo datus, etſi paterna hereditate is abſtineat, ex ſola ſui heredis exiſtentia ſuſtineatur. II. Libertates datæ ſubſiſtant. *l. 32. ff. de manum. teſt.* (non idem in legatis paternô teſtamentô relictis dicendum *l. 1. §. ult. ff. ut in poſſeſſ. legat. l. 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.*) III. Confirmentur tabulæ pupillares.

Verùm id cum moderamine capiendum: refert enim, 42
an filius ſuus, cui ſubſtitutum, ſit quoque heres inſtitutus, an exheredatus? & ſi prius, an ex aſſe ſcriptus heres fuerit, an alius ei coheres datus? Si filium inſtitutum, & ſolum dicas, eo abſtinente, & intra pubertatem mortuo, ſubſtitutus ad filii hereditatem ex tabulis pupillaribus, ſui heredis exiſtentiâ confirmatis, admittitur *l. 44. ff. de re judic.* quoniam hìc à ſolo filio vires teſtamenti pendent. Coheres ſi eidem datus fuerit, is vel extraneus eſt, vel ex numero ſuorum: pluri-

bûs ſuis inſtitutîs, omnes licèt abſtineant, tabulæ pupillares valebunt *l. 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* quoniam unusquisque ſtatim à tempore mortis pro parte ſua extitit heres, & ita in ſolidum paternum teſtamentum confirmatur. Coheres extraneus ſi ſuo admiſceatur; quoniam hìc vires teſtamenti ab aditione quoque coheredis pro parte pendent, júsque ſuitatis per admixtionem extranei, ùt ajunt, vulneratum eſt, ad confirmationem teſtamenti & ſubſtitutionis pupillaris non ſufficit, filium ſola poteſtate juris pro parte heredem fuiſſe, ſed ſi hic ſe abſtineat, neceſſe eſt, ut patris hereditas ab extraneo adeatur *l. 11. §. 1. ff. ad SCtum Trebell.* quo pariter repudiante corruit ſubſtitutio pupillaris *l. 2. §. 1. ff. eod.* Neque, quod poſtea coheres extraneus repudiavit, efficere poteſt, ut pupillus, qui præſertim jam abſtinuit, retrò in ſolidum heres extitiſſe videatur; partim quia exiſtentia ſui heredis ipſo puncto morientis patris, adeóque in hypotheſi non ultrà, quàm pro parte perficitur; partim quia deficientis alterius portio ei acreſcere non poteſt, qui nudo nomine heres eſt, quin imò abſtinentis portio alteri coheredi accreſcit.

44 Exheredato filio cùm ſubſtituitur, tum alius itidem ſuus, an extraneus heres, inſtitutus eſt? Priore in caſu ſui heredis exiſtentia tabulas pupillares firmat, ſic ut inſtitutus à paterna hereditate abſtinens tamen ad fratris exheredati intra pubertatem decedentis bona ex ſubſtitutione venire poſſit *l. 40. l. 41. & l. 42. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Poſteriore verò caſu ab inſtituto hereditatem patris adire neceſſe eſt, ut ſuus ſubſtitutioni valor conſtet: quippe herede ſcripto repudiante nihil eſt, unde tabulæ pupillares ſuſtineantur; cùm exheredatio faciat ceſſare ſuitatem, ſaltem quoad ejus effectum *l. 10. §. 4. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. junct. §. 5. Inſt. de ſubſtit. pupill.* quo ſenſu Ulpianum plerique capiunt in *l. 2. §. 1. ff. eod.* licèt quoque non incongruè dici poſſit, excludi ibi caſum, quo propter vitium aliquod teſtamenti hereditas adiri non potuit Zoëſ. ad *tit. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 34. & ſeqq.* Voët. *eod. tit. num. 21. circa finem.* Huber. *Inſt. eod. n. 4.*

Sunt

Sunt tamen, quæ adversùs hactenus dicta ſcrupulum inji- 44
cere poſſent. I. Quòd ſpeciali militis favori tributum eſſe videatur, ut valeat ſubſtitutio pupillaris, licèt militis non fuerit adita hereditas *l. 41. §. 1. ff. de teſtam. milit.* II. in ſubſtitutione vulgari diximus, verba hæc: *ſi filius heres non erit*, ex mente ſubſtituentis ſic accipienda eſſe, ſi immiſcere ſe paternæ hereditati noluerit; ergo à contrario formulam ſubſtitutionis pupillaris, *ſi filius heres erit*, ita accipi oportebit, ſi bonis patris ſe immiſcuerit filius, & impubes deceſſerit, ita ut quemadmodum in vulgari nuda heredis ſui exiſtentia pro aditione non habetur ad excludendum vulgariter ſubſtitutum, ſic nec in pupillari vim aditionis habere poſſe videatur in ordine ad confirmandas tabulas pupillares. III. Inſtitutus, idémque impuberi ſubſtitutus, ſi hereditatem teſtatoris repudiat, neque ex tabulis pupillaribus ad filii ſucceſſionem admittendus eſt *d. l. II. §. I.* eò quòd non debeat in favorem ejus ſuſtineri ſubſtitutio pupillaris, qui, quantum in ſe fuit, teſtamentum patris deſtituit: cùm ergo filio ſimpliciter ſubſtitutus eo abſtinente ex vulgari patri ſuccedere, atque ita teſtamentum conſervare poſſit, non eſt, cur, eo hereditatem patris reſpuente, ſui heredis exiſtentiæ hunc effectum tribuamus.

Sed ad I. reponimus, quòd etſi quoque aliquando à pa- 45
gano ſubſtitutio facta per ſui heredis exiſtentiam, hereditate teſtatoris non adita, ſuſtineatur, id tamen ſingulare militi tributum eſt, quòd hujus ſubſtitutio, quomodocunque infirmatum fuerit teſtamentum, atque etiam ſi coheres extraneus repudiaverit, omninò valeat, quod ſecùs eſſe diximus in pagano. Ad II. dico, abſurdum non eſſe, ut nomen heredis in utriusque ſubſtitutionis formula diversô modô explicemus, atque in ſubſtitutione quidem pupillari vim aditionis tribuamus nudæ exiſtentiæ, in vulgari verò actuali immixtioni; ita enim eóque modo capi ſuadet cùm voluntas patris teſtantis, tum favor pupilli: illius quidem, ut, exclusîs ab inteſtato venientibûs, eum magìs habeat heredem, ad quem in caſum deficientis filii bona ſua pervenire voluit; cùm aliàs, ſi

filio ſuo puberi fieret ſubſtitutio, ea filio abſtinente nunquam effectum habitura eſſet, vanáque teſtatori redderetur ſubſtituendi, & ab inteſtato venientes excludendi facultas, cuivis patrifamilias à legibus impertita, ſi verba hæc: *cùm filius meus heres non erit*, ſenſum actualis immixtionis non involverent. At verò ſubſtitutio pupillaris in gratiam impuberum inventa eſt, ut, cùm ſibi teſtamentum facere nequeant, à patre heredem accipiant; unde etſi maximè concedamus, etiam in pupillari ſubſtitutione patrem his verbis: *ſi filius mihi heres erit*, de herede, qui cum effectu heres futurus eſſet, cogitâſſe, ratio tamen juris & favor pupilli poſtulant, ut ſola ſui heredis exiſtentia etiam citra actualem immixtionem ad effectum, de quo quærimus, pro aditione habeatur, & per eam tabulæ pupillares ſuſtineantur. Denique ad III. non hæc, quæ in objectione redditur, ſed alia, quam ſuprà collocavimus, ratio eſt, ob quam ſubſtitutus, idémque filio coheres datus, ſi uterque patris hereditatem repudiaverit, à filii ſucceſſione excluditur, tabulæque pupillares infirmantur: quòd verò ſimiliter ſubſtitutus filio abſtinente delatam ſibi ex vulgari ſubſtitutione patris hereditatem reſpuere, filii ex tabulis pupillaribus admittere poſſit, id filii favore receptum eſt, ne metu onerum patris difficiliùs quis adeat filii hereditatem *l. 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. 41. & l. 42. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. 28. ff. de reb. auctor. judic. poſſid.* de quo pluribus agentes confer Voët. ad *tit. de vulg. & pupill. ſubſtit. num. 21. & 22.* Zoëſ. *d. tit. num. 40. & ſeqq.*

46 Cæterùm, quòd exheredato ſuo pupillariter ſubſtitui poſſit *§. non ſolùm 4. Inſt. l. 1. §. 2. ff. eod.* ut tamen eo caſu, quo extraneus heres ſctiptus eſt, tabulæ pupillares non valeant, niſi patris fuerit adita hereditas *l. 10. §. 4. ff. eod.* videndum eſt, an & quomodo per exheredationem jus ſuitatis tollatur? Non eſt hìc una DD. opinio ob varias circa hoc quæſitum pugnantes rationes & textus. Suitatem penitùs exheredatione ſublatam eſſe arguit, quòd hereditas ſit quaſi individuum adjunctum ſuitatis, atque hujus præcipuus effectus, quo negato

to etiam cauſa negata videtur, & poſt mortem finita patris poteſtate nihil niſi hereditas ſupereſt, in quo ſuitas effectum habere poſſit. Unde etiam in *l. 9. §. 2. ff. de liber. & poſth.* dicitur, jus exheredati abſciſſum, & in *l. 1. §. 10. ff. de ſuis, & legit. hered.* exheredati negantur patri extitiſſe heredes, quæ tamen perpetua ſuorum heredum nota & phraſis eſt *l. 12. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* tametſi paternæ hereditati ſe non immiſcuerint *l. 30. §. 10. ff. de fideicommiſſ. libert.* quare nec tabulæ pupillares exheredato filio per ſui heredis exiſtentiam confirmantur, quod tamen ex ſupra deductis fieri neceſſum foret, ſi exheredatus adhuc ſuus heres intelligi poſſet. Econtrà in contrarium urget, quòd exheredatus adhuc proximum in poteſtate & familia gradum obtineat; unde & ei pupillariter ſubſtitui *d. §. 4.* & tutor, qui non niſi ſuis datur *l. 73. §. 1. ff. de R. J.* rectè conſtitui poteſt *l. 4. ff. de teſtam. tutel.* Accedit, quòd exheredatus obſtet nepoti ex ſe nato, ne ad avi hereditatem admitti, & teſtamentum illius tanquam ſuus, remotô filiô, effectus rumpere poſſit *l. 6. pr. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſtam. l. 9. §. 2. ff. de liber. & poſth. hered. l. 4. §. 1. ff. de bon. poſſ. contra tab.* quod utique contingeret, ſi filius exheredatus tempore mortis paternæ in numero ſuorum heredum non eſſet; cùm nihil jure veteri certiùs fuerit, quàm nepotes in locum parentum, qui ſui eſſe deſiêrunt, ſubintrâſſe, eodem jure uſuros, quo pater uſus fuiſſet, ſi ſuus manſiſſet.

Hæc ab utraque parte rationum momenta breviſſimè 47
conciliabis, ſi dicas, exheredatione quidem ſuitatem non tolli quoad *radicem* ſeu *potentiam*, id eſt, quò minùs filius exheredatus ſubverſô per querelam, vel deſtitutô per heredem teſtamentô, retro patri ſuus ab inteſtato heres poſſit exiſtere *l. 20. pr. ff. de bon. poſſ. contra tab.* tolli tamen quoad actum, id eſt, ut ne effectibus, qui ex jure ſuitatis promanant, quíque hereditatis compendium ſpectant, filius potiatur: quòd verò exheredato ſubſtitui, tutor dari poſſit, id ex eo profluit; quia filius ſaltem potentiâ ſuus heres manet, id eſt, proximum in patria poteſtate gradum occupans, licèt de facto

pa-

patri ſuus heres non exiſtat, effectu hoc per exheredationem abſciſſo.

48 Supereſt tertius caſus, atque cum eo effectus illi excutiendi, quos ſuitas operatur, ſi filius neque ſuper abſtentione ſe declaraverit, neque immiſcuerit. Sunt verò alii, ſi filius adhuc vivat, alii, ſi ita tacens deceſſerit. Superſtes filius, quamdiu ex beneficio Prætoris animum de reſpuenda patris hereditate non expreſſit, ipſa legis poteſtate pro herede, bonorúmque paternorum domino habetur, adeò, ut etiam à creditoribus conveniri poſſit *l. 57. pr. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Neque enim Prætor conceſſa liberis abſtinendi facultate potuit planè tollere jus civile, aut efficere, quò minùs illo jure heredes habeantur, ſed ſaltem abſtinere volentibus exceptionem adversùs creditores & legatarios tribuere, quò minùs ante declaratam de ſe immiſcendo voluntatem cum effectu conveniri poſſint, aut iisdem condemnari. Igitur jus prætorium ſaltem filium pro herede non habet, ubi de ipſius onere agitur: reliqua omnia aut valent, quæ etiam filio expreſsè abſtinente valerent, aut ſunt in ſuſpenſo, dum filius ſuam declarat voluntatem, & hoc ſenſu verum eſt, quod quidam diſputant, filium utroque jure pro vero herede haberi; quoniam filio tantùm Prætor voluit ſuccurſum, non aliis, aut proficuos liberis ſuitatis effectus enervare.

49 Cui conſequens eſt, ut, ſi antè, quàm ſe expreſsè abſtinuerit, filius decedat, hereditatem patris velut acquiſitam poteſtate juris civilis, cui nulla facta abſtentione nihil derogat jus prætorium, in quosvis heredes ſive ſuos *l. 7. §. 1. dict. tit.* ſive extraneos *l. 9. §. 4. ff. de reb. dub. l. 9. ff. de jure fiſci.* ſive ex teſtamento ſive ab inteſtato transmittat *l. 19. §. 2. ff. de caſtrenſ. pecul. l. 8. C. de ſuis & legit.* Nihílque hactenus intereſt, utrùm filius ex aſſe, an ex parte heres ſcriptus fuerit *l. 3. C. de jure delib.* Unde facilè conſtat, cur jus civile non patiatur, nepotem omiſſa patris ſui hereditate, avitam, quæ patri antè delata, etſi nondum agnita fuerit, amplecti: ſicut enim continuò effecit patrem ipſo jure avi heredem *§. 2. de*

he-

bered. qualit. & differ. ſic non concedit, ut hæc ſucceſſio ad patrem jam devoluta, & bona avita in ejusdem dominium auctoritate legis redacta *§. 4. Inſt. de bered. quæ ab inteſt. defer.* per nepotem ſeparentur *arg. l. 10. §. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* maximè cùm nepos hoc in caſu nullum jus proprium & à patre independens ad avitam hereditatem habeat *d. §. 3.* nec ùt ſuus *d. §. 2.* nec ùt agnatus *l. 7. princ. ff. ſi tab. teſt. null. extab.* Verùm poſtquam Prætor per jus abſtinendi ſuis conceſſum civilem illam devolutionem, quoad effectum acquiſitionis produci ſolitam, confuſionémque ambarum hereditatum ſuſpenſam reddidit, manent adhuc juxta eum diverſæ hereditates patris & avi, ut jam nihil impediat, quòminùs nepos omiſſa patris hereditate, avi ſui bonorum poſſeſſionem ex capite *unde liberi* obtinere poſſit *l. ult. C. und. liber.* Neque hoc jus abſtentionis, ùt Fachin. *lib. 5. controv. cap. 66.* objicit, per mortem patris conſumitur, indéque cum transmiſſione utriusque hereditatis earum quoque confuſio inducitur; ſed potiùs, quale fuit apud Patrem, derivatur in nepotem, quin reſpectu paternæ hereditatis planè novum in nepote inchoatur *l. 7. §. 1. ff. de acquir. vel omitt. bered.*

Et quoniam igitur ſui heredes ſinè facto aditionis, at- 50
que animo acquirendi hereditatem declarato ipſa legis poteſtate eandem adipiſcuntur, hinc porro fluit, quòd & infantes & furioſi & ignorantes, qui adeò induere, atque præſeferre animum heredis nequeunt, ſinè ullo tutorum, curatorúmque conſenſu patri ſuo ipſo jure heredes exiſtant, ejúsque hereditatem, velut aditione acquiſitam, ad ſucceſſores ſuos transmittant *d. l. 3. §. 3. Inſt. de bered. quæ ab inteſt. defer. l. ult. §. 2. C. de curat. furioſ.* ut etiam hi vulgariter filio ſuſtitutum excludant *arg. l. ult. C. und. lib.* neque huic unquam locus eſſe poſſit, quamdiu de omittenda hereditate animum filius nondum declaravit.

Quæ omnia ſecus ſervantur in heredibus extraneis, qui 51
hoc ipſo, quòd non aliter, quàm factô aditionis, vel pro herede geſtionis hereditatem ſibi delatam acquirant, eam regu-

lariter non antè, quàm ipſi adeundo ſuam fecerint, ad heredes ſuos transmittunt *l. un. §. 5. C. de caduc. tollend. l. 7. C. de jure delib.* Ex quibus ſequitur, quòd, qui adire, vel pro herede gerere non poſſunt, quales ſunt furioſi & hujusmodi rationis impotes, etiam non poſſint transmittere jus hereditarium in proprios heredes: nec enim aditio, vel pro herede geſtio poteſt aliter fieri, quàm cum animo conſilióque ſuſcipiendi qualitatem heredis *l. 20. ff. de acquir. vel omitt. hered.* adeò, ut nec per tutores curatorésve hereditas his acquiri poſſit, qui ipſi animô adeundi hereditatem deſtituuntur *l. 63. ff. eod.* Nam illi quidem aditionis officiô funguntur hactenus, ut adminiſtrationem bonorum habeant, non etiam, ut eorum authoritate vel conſenſu hereditas illis pleno jure acquiratur, iísque mediis in alios transferatur *l. 5. C. de jure. delib.* Extant hanc in rem ſpeciales Impp. Conſtitutiones *l. ult. §. 7. & ſeqq. C. de curat. furioſ. & l. 18. C. de jure delib.* Prioris hæc eſt ſumma: ſi furioſo deferatur hereditas, eáque interim à curatore in eventum ſubſecuturæ ratihabitionis admiſſa fuerit, & furioſus in æſtu dementiæ diem ſuum obiêrit, vel ad ſanitatem reverſus eam repudiaverit, hereditas, tanquam furìoſo nunquam quæſita, vel ad ejus ſubſtitutum, vel ab inteſtato heredes, non furioſi proximos, ſed qui mortis tempore furioſi propinquiores exiſtunt ei, à quo hereditas profecta eſt, *ſi furioſus in medio non eſſet.* Quod verò Brunnem. ad *cit. l. ult. num. 21.* putat, furioſum interim utile dominium habere, & fructus retinere ex hereditate perceptos, id per adductam *l. 35. ff. ad SCtum Trebell.* minimè probatur, imò contrarium cum aliquo tamen moderamine deciſum extat in *l. 51. ff. de hered. petit.* Sed verò legata fideicommiſſa & ſimilia ipſi furioſo pleno jure acquiruntur; quoniam legati dominium ipſo jure tranſit in legatarium *l. 64. ff. de furt.* Hereditas ab extraneo aliter, quàm animo obtineri non poteſt, quo furioſus caret *l. 47. ff. de acquir. vel omitt. hered.*

52 Altera, quam dixi, de infantibus conſtitutio habetur in *l. 18. C. de jure delib.* de quibus, etſi idem, quod in furioſis, jus ſta-

ſtatuendum eſſe, videri poſſet; cùm ubique ob defectum conſilii furioſis æquiparentur §. 9. *Inſt. de inut. ſtip. l. 12. ff. ad Leg. Cornel. de Sicar.* nihilominus tamen ob æquitatem admiſſum eſt, ut alii hereditatem cum effectu transmiſſionis pro infante adire, & eidem acquirere valeant, contra regulam traditam in *l. 90. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. 5. ff. de R. J.* quemadmodum id jam dudum ante in petenda pro infante bonorum poſſeſſione obtinuiſſe videtur in *l. 3. C. qui admitt. ad bon. poſſeſſ.* ibique Brunnem. Ea igitur in re infantis, quàm furioſi, utut aliàs regulariter eodem jure utantur, melior eſt conditio; vel quod illius aliquale ſaltem, licèt admodum exiguum ſit judicium, vel quod in via & diſpoſitione ad uſum rationis conſiſtat, furioſo verò mens penitùs adempta ſit: unde etiam in *l. 3. C. de acquir. poſſ.* benignè in infante receptum eſt, ut is propter qualemcunque habendi affectum rei mobilis poſſeſſionem nanciſci poſſit, quod non procedit in furioſo *l. 1. §. 3. ff. eod.* Eſt autem hæc *l. 18. C. de jure delib.* de infante ſententia, quòd ſi patrem habeat, is pro eo hereditatem maternam, vel quamvìs adventitiam adire poſſit *d. l. in princ.* ſi pater non adiêrit, ac infans moriatur, omnia ex quacunque ſucceſſione ad eum devoluta pater jure patrio acquiret; quod & in §. 3. locum habere ſtatuitur, ſi infans ex quacunque cauſa ſui juris factus in memorata ætate deceſſerit. Si pater non ſit, tutor infantis aditione cum effectu transmiſſionis fungi poteſt. Si verò tutor non ſit, vel is adire neglexerit, hereditas defertur ita, quaſi ab initio non eſſet ad infantem devoluta. Num verò hodie poſt *Nov. 118.* ex qua cum patre mater, fratrésque defuncto germani ſuccedunt, etiam hæc infanti delata, ſed necdum quæſita hereditas ſimul in omnes transmittatur? ùt communis teſte Bartolo apud Sichard. ad *d. l. 18.* fert ſententia, num hoc ſpeciale patris privilegium cenſendum ſit? ùt Enenck. *Tract. de priv. Parent. & liber. priv. 4. cap. 3. num. 12.* ex rationibus non contemnendis defendit, pleniùs examinare non vacat.

53 Qui autem ſeptem annos egreſſus eſt, ipſe adire debet hereditatem vel patre conſentiente, ſi ſub ejus poteſtate ſit, vel tutore auctorante, ſi ſui juris fuerit, vel denique, ſi nec patrem, nec tutorem habeat, ex Magiſtratûs decreto *d. l. 18. §. fin.* Ignorante verò pupillo tutoris aditio nullius momenti habetur, nec ei poteſt hereditatem acquirere *l. 5. C. de jur. delib.* unde nec ejus fit in ſucceſſores pupilli transmiſſio Huber. ad *Inſt. tit. de hered. qualit. & differ. num. 15.* Bonorum tamen poſſeſſionem pro pupillo abſente & ignorante rectè à tutore peti, & à judice, ſi hoc ipſum non ignoret, decerni in *l. 7. pr. ff. de bonor. poſſeſſ. l. 7. C. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ.* cautum eſt.

54 Quòd autem pro regula traditum eſt, hereditatem ab extraneo non aditam non transmitti, fallit primò, ſi heres intra annuum deliberationis tempus deceſſerit, nec tamen hereditatem repudiaverit, tum enim non hereditatem quidem, quæ ei nondum quæſita eſt, ſed jus deliberandi, adeundíque intra id temporis ſpatium, quod adhuc defuncto ſupererat, in heredes quoscunque ex teſtamento, vel ab inteſtato venientes ſinè diſcrimine transmittit, ſi modò defunctus ſciverit, ſibi delatam fuiſſe hereditatem *l. 7. l. 19. C. de jur. delib.* quia ignorantes deliberare non poſſunt, adeóque nec ex hoc capite transmittere: niſi, ùt communiter excipiunt, ſit, qui per ætatem nondum poſſit intelligere, hereditatem ſibi delatam eſſe: unde infans, licèt id ignoret, intra annum decedens ex hoc capite hereditatem ad quoslibet ſuos ſucceſſores transmittit. *Nov. 158. in præf.* & *cap. un.* Stephan. ad *cit. Nov.* Harpprecht *diſp. de transmiſſ. hered. à perſon. extran. infant. delat.* Lauterb. *Colleg. Pand. ad tit. de acquir. vel omitt. hered. §. 22. in fin.* Neque huic adverſatur, quod Theodoſius in *l. 18. §. 3. C. de jur. delib.* in contrarium definiiſſe videtur: nam, ùt ipſe Juſtinianus in *cit. Nov.* reſponſionem ſuggerit, Theodoſiana conſtitutio infantem poſt annum deceſſiſſe ſupponit, quod etiam in pronunciando Lipſienſes ſervâſſe refert Carpz. *p. 3. conſt. 14. defin. 23. in fin.*

Si-

Similiter ſi heres probabilî ignorantiâ neſciat ſibi dela- 55
tam eſſe hereditatem, vel eandem propter juſtam abſentiam, aliámve cauſam, velut ſi heres ante publicationem teſtamenti deceſſerit, adire impeditus ſit, adversùs omiſſam à defuncto aditionem ejus heredibus, in integrum reſtitutionem ex clauſula generali implorantibus, ſuccurritur *l. 84. & l. 86. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Quemadmodum & aliis in caſibus bonorum poſſeſſio ab herede non agnita & petita ob probabilem cauſam ejus heredibus impertitur, cujusmodi caſus extant in *l. 4. in fin. l. 5. ff. de bon. poſſ. contr. tab. l. 12. ff. de carbon. edict. junct. l. 3. §. 30. & l. 4. ff. ad SCtum Syll.* Brunnem. ad *l. 7. C. de jur. delib.* Carpzov. *part. 3. conſt. 14. def. 24.* Lauterb. *cit. loc. §. 25.* Sed Cujacius ad *lib. 6. reſponſ. Papin. in d. l. 86.* cenſet non cuilibet abſenti, ſed abſenti tantùm Reipublicæ causâ in integrum reſtitutionem, non *ſtricto jure*, id eſt, quòd nulla cauſa reſtitutionis ex edicto hìc applicari poſſit, ſed humanitatis gratiâ ob exquiſitam æquitatem conceſſam eſſe, quod proin tanquam jus ſingulare non eſt in conſequentiam, atque ad omnem probabilem ignorantiæ cauſam trahendum. Et addit Huber. ad *ff. tit. de acquir. vel omitt. hered. num. 3.* quando is, cui delata eſt hereditas, defecit, ut ad ejus heredes transmitti nequeat ſucceſſio, quæ in pendenti eſſe nequit, vî legis immediatè ad ſequentem gradum transfertur, ne jaceant vacua ſinè domino bona, perinde ac ſi prior nunquam fuiſſet in mundo *l. 1. §. 6. ff. de edict. ſucceſſ.* Hoc jus poſteriori per leges quæſitum ampliùs ab herede prioris auferri non poteſt. Non eſt igitur, ut jus ſucceſſionis non adita hereditate amiſſum à judice per reſtitutionem inſtaurari queat, ſed opus erit *diſpenſationis*, quod vocant, remediô, quo Principis auctoritate jus amiſſum ob ſingulares rationes heredibus deficientis reſtituatur. Verùm teſte Sandio *lib. 4. tit. 9. defin. 1.* contraria ſententia communiter recepta eſt, modò juſta ignorantiæ cauſa ſubſit, & tempus triginta annorum non effluxerit, ùt vult Carpz. *cit. loc.* Sed verò tempus reſtitutionis majoribus conceſſum utrum ab initio utile ſit, nec ignoranti currere

incipiat, ùt contendit Sfort. Oddus de *reſtit. in integr. quæſt. 20. art. 4.* Brunnem. ad *l. ult. C. de temp. in integr. reſtit.* An ex tempore ſublati impedimenti quadriennium mox initium ſuum ducat, ùt probat. Bachov. *vol. 1. diſp. 11. theſ. 3. L. B.* Illuſtris ac Clariſſ. D. Collega de Herz in Herzfeld in *Magiſtratu Rom. ad tit. de in integr. reſtit. num. 12.* latiùs examinare, juſtæ, quam fecimus, digreſſionis terminos excederet.

56 Secundò ſuperior regula de hereditate ab extraneo non adita in heredes non transmittenda fallit in liberis, qui non ſunt in poteſtate, adeóque non ſui exiſtunt, quibus ſi aſcendentium ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato hereditas deferatur, eandem etiam non aditam, ſed tamen nec repudiatam ad omnes ex ſe deſcendentes transmittunt *l. un. C. de his, qui ant. apert. tab.* Neque refert, cujuscunque ſint gradûs vel ſexûs, paternæ ſive maternæ lineæ aſcendentibus ſuccedant, ex aſſe ſive ex parte ſint inſtituti; itémque noverint ſe ſcriptos heredes eſſe, vel hoc ignorantes, adeóque etſi in furore, deceſſerint. Hæc transmiſſio ab Authore ſuo *Theodoſiana* vocatur, vel *reſtricta*, vel ex *jure ſanguinis*, quoniam ad ſolos deſcendentes ex liberis reſtricta eſt, unde nec ad aſcendentes, vel collaterales, minùs ad extraneos ex hoc capite valebunt liberi non ſui hereditatem transmittere, niſi intra deliberationis tempus denaſcantur, ex quo heres quivis alius jus adeundi in quosvis ſucceſſores ſuos ex altero deliberationis capite devolvit; in quo quidem transmiſſio, quæ venit ex jure deliberandi, pinquior eſt illa, quæ deſcendit ex jure ſanguinis, in eo verò deterior, quòd illa anno, hæc nonniſi triginta annis terminetur *d. l. un.* ibi: *nulla hujusmodi præſcriptione ſibi obſtante eam tanquam debitam vindicare.*

57 Verùm altioris indaginis quæſtio eſſe videtur, num hac Theodoſiana conſtitutione hereditas liberis jam quæſita, an demum per aditionem quærenda, adeóque jus ſaltem adeundi, ùt in transmiſſione ex jure deliberandi fit, transmittatur? ſeu, ùt alii hoc quæſitum proponunt, an omnes hodie deſcendentes parentibus ſuis, non minùs, quàm *ſui*, ipſo jure ac ſi-

ſinè aditionis facto eo ſaltem effectu heredes exiſtant, ut hereditatem ſibi ab aſcendentibus delatam in ſuam progeniem transmittant. Id alicui ex eo probari poſſet, quòd I. in *d. l. un.* dicantur, *relictam ſibi portionem poſſe transmittere, memoratásque perſonas eam tanquam debitam VINDICARE.* Quod II. liquidiùs expreſſerunt Impp. in *l. 11. C. de ſuis & legit. hered.* ubi jubent, ut *liberi omnimodo patri ſuo, matrive ſuæ IPSO JURE ſuccedant*, conſequenter aditio ad acquirendam transmittendámque hereditatem non eſt neceſſaria ſecundùm *l. 14. ff. de ſuis & legit. hered.* III. Hodie poſt *Nov. 115. cap. 3.* non minùs liberi emancipati, quam ſui, tam à patre quàm matre heredes ad valorem teſtamenti neceſſariò inſtituendi ſunt, & per *Novell. 118.* ſublatâ poteſtatis differentiâ emancipatus cum ſuis ab inteſtato ad ſucceſſionem æquali jure vocatur; ut adeò videri poſſit, emancipatos ad inſtar ſuorum redactos eſſe Franzk. *Exercit. 6. quæſt. ult. num. 4. & 18.* qui inſuper ea in hanc ſententiam utitur ratione, quòd ſi transmitteretur jus ſolummodo adeundi hereditatem, illud tanquam infirmius adversùs alios, quibus per heredis mortem ſucceſſio delata eſt, operari minimè poſſet.

Verùm contraria ſententia, emancipatos (quo nomine & liberos reſpectu matris intelligimus) non aliter, quàm adeundo ſuam parentum facere hereditatem, paſſim communi DD. calculô recepta eſt; atque ex eo perſpicua evadit, quòd ſi emancipati, ùt ſui, ſinè aditionis facto ſuam parentum facerent hereditatem, non minùs eam in extraneos quosvis, quàm ſui, transferrent; atqui ex *d. l. un.* hereditas ſaltem ad eorum deſcendentes transmittitur, luculentô argumentô, eam nondum liberis præmorientibus quæſitam eſſe, ſed perinde ex commiſerationis ratione haberi, quaſi ea nepotibus & pronepotibus immediatè, patre eorum in medio non exiſtente, ab ipſis legibus delata eſſet, ibi: *habeant verò ſolatium triſtitiæ ſuæ, QUIBUS MERITO EST CONSULENDUM. Siquidem perindignum eſt, fortuitas ob cauſas, vel caſus humanos nepotes aut neptes &c. avita vel proavita ſucceſſione fraudari, aliósque* 58

ad-

adversùs avitum vel proavitum desiderium commodo hereditatis gaudere. II. Quòd liberi in patria potestate existentes ipso jure paternæ hereditatis domini efficiantur, is solus suitatis effectus est; ergo qui sui non sunt, eâ prærogativâ gaudere non possunt. III. in *l. un. §. 5. C. de caduc. tollend.* duo excipiuntur casus, quo hereditas jacens seu non adita transmittitur, videlicet ex jure sanguinis, & deliberandi: quòd si autem liberi non sui ipso jure parentibus suis heredes forent, non posset dici jacens, vel non adita hereditas, cùm ipsa suorum existentia sit acquisitio, quæ fit ipso jure, etiam ignorantibus illis *§. 3. Inst. de hered. quæ ab intest. defer.* & in suis idem est momentum delationis & acquisitionis, nullúmque datur medium inter mortem patris & acquisitionem hereditatis Cujac. ad Africanum in *l. 16. ff. de suis & legit.* Denique IV. frustra Justinianus in *Nov. 158.* singulare de infantibus jus sanciviſſet, ut matri suæ succedentes, & intra annum deliberationis mortui hereditatem matris ad heredes suos transmittant.

59 Ad contraria & quidem I. Respondeo, non magis ex allegatis ibi verbis *d. l. un.* id sequi, quàm ex eo, quod in *l. 7. C. de jure delib.* dicitur, si heres ignarus delatæ sibi hereditatis decesserit, non posse eum defuncti successionem ad heredes suos transmittere, arguere fas est, eam, si heres sciverit, velut acquisitam ex capite deliberationis transmitti. Neque ad II. *d. l. 11.* hic verborum, *ipso jure*, sensus est, quòd ipsa legis potestate sinè aditionis facto liberi non sui paternæ maternæque hereditatis dominium adipiscantur; sed quòd sinè cretionis solennitate, quæ hodie sublata est, & citra bonorum possessionem, nullô Judicis officiô implorandô, *immediatè*, & velut *ipso jure* parentibus suis, exclusîs ascendentibûs, succedant, ùt est in *l. 3. C. ad SC. Orphit.* junct. *l. 1. in fin. princ. ibi. ipso jure ff. de curat. furios.* Certè Theodosio & Valent. non fuisse in dicta constitutione propositum, extraneos suis heredibus, quod ad hereditatis aditionem, transmissionémque attinet, ulla ratione exæquare, inde manifestè deprehenditur, quòd iidem Cæsares in *l. un. C. de his, qui ante apert. tabul.* post decem annos edita, li-

liberis hujusmodi ante aditionem decedentibus hactenus ſuccurrerint, iisdémque jus transferendæ hæreditatis ex jure ſanguinis novô beneficiô impertiêrint, & quidem reſtrictè ad ſolos ſuos deſcendentes: qui etiam Impp. in *l. 18. C. de jure delib.* Authores extiterunt, ut infans non aditam matris ſuæ hereditatem ad patrem ſuum poſſit transmittere. Ad III. id ſaltem colligitur, quòd hodie liberi omnes in jure ſuccedendi tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato exæquati ſint; verùm diſcrimen quoque quoad modum ſuccedendi, id eſt acquirendi, transmittendíque hereditatem inter ſuos & extraneos ſublatum eſſe, inde arguere non licet, imò apertè contrarium deciſum extat in *cit. Nov. 158.* Denique, quod ſubjungit Franzkius, ſi ſolùm jus adeundi transmitti dicamus, id adversùs alios heredes, quibus deficientibûs liberîs hereditas delata eſt, operari non poſſe, liquidò falſum eſt, & vel ſola inductione transmiſſæ ex capite juris deliberandi ab extraneo hereditatis convellitur. Adhæc illis in caſibus, quibus transmiſſioni locus eſt, nunquam aliis à lege hereditas defertur, quàm qui ex transmiſſione veniunt; unde alii neque ex lege aut voluntate defuncti ſibi jus aliquod in hereditatem jacentem arrogare, aut eam factô aditionis propriô ſibi in præjudicium transmiſſariorum quærere poſſunt. Lauterb. *diſp. de transmiſſ. heredit. non acquiſ. §. 28.*

Vidimus hactenus, quid ex Jure Romano circa hoc trans- 60
miſſionis argumentum obtineat. Moribûs noſtrîs jus illud rigidum ſuitatis magna ex parte detritum eſt; ſervatur tamen quod aliquos effectus, illos præcipuè, qui liberorum compendium ſeu in acquirendis, ſeu transmittendis hereditatibus ſpectant. Et videri poteſt, id quoque fuiſſe extenſum ad non-ſuos, qui etſi non ſint in patria poteſtate, neceſſariò tamen inſtituendi, vel exheredandi ſunt, adeóque ſunt reverà omnes heredes *neceſſarii*, &, ùt Schilt. *Exercit. ad Pand. 38. §. 62.* ſcribit, dici quoque poſſunt *ſui*, etſi non ea ratione, qua vox hæc ſumitur jure Quiritum; tamen generatim, atque de jure naturæ & pater & mater & avia liberos & nepotes vocant ſuos,

ſcilicet ratione poteſtatis, quæ omnibus parentibus jure naturali & gentium eſt communis. Idque de emancipatis, hoc eſt patria poteſtate liberatis, dubitationem nullam recipit hodie, aut prudenter poteſt recipere, quos infrà §. ſequenti oſtendemus, ſuis omnino effectu & prærogativa ſuppares habendos eſſe, imò ab his aliter, quàm quòd ſui juris exiſtant, non differre, ac ad eorum ferè conditionem cenſeri, qui per dignitatem patrio nexu ſoluti omnia tamen ſuorum jura legitima integra retinent *Nov. 81. cap. 2.* Unde Stryck. in *uſu modern. Pand. tit. de acquir. vel omitt. hered. §. 2.* minimè adſentiendum, qui ſaltem legitimam emancipatis debitam, non etiam reliquam hereditatem ante ejus aditionem in quosvis eorum heredes extraneos transmitti cum aliis à ſe allegatis contendit, adde Gail. *l. 2. obſ. 131. num. 10.* Sed nec aliter de liberis reſpectu matris, maternorúmque aſcendentium ſentiendum, de quibus Huber. ad *Inſt. tit. de hered. qualit. & differ. num. 12.* jam velim, quisque ſecum reputet, quid omni die fiat in mortibus infantium, adde & furioſorum: nemo dubitat, quin illi ſucceſſionem ad eos, qui ipſis proximi ſunt, jure transmittant, ſi vel unius horæ ſpatio vel minutulo infans poſt matrem puerperam ſpiraverit. Ita ſervamus docti, indocti, ut patres hereditatibus augeantur; neque patres tantùm, ſed ſi à latere paterno ſint alii propinquiores, quàm maternæ lineæ, ſucceſſio ſine controverſia vadit ad propinquiores.

61 Verùm quod attinet ad hereditates à collateralibus delatas, non putat Huber. allegatîs in hanc rem præjudiciîs, eas aliter acquiri, vel transmitti, niſi quæſitas per aditionem, aut ſaltem ex capite deliberationis, ſi hi gnari fuerint delatæ ſibi hereditatis, atque adeò in foro hodiedum (tametſi Perez. ad *C. tit. de his, qui ante apert. tab. num. 12.* velit, jus ſuitatis hodiernîs moribûs ad quemcunque proximum defuncti, etiam transverſæ lineæ porrectum) ſervandum eſſe, quod de furioſis in *l. ult. §. 8. C. de curat. furioſ.* & de infantibus in *l. 18. C. de jur. delib.* cautum eſt. Etſi enim vulgò quidem opinentur, furio-

rioſorum bona generaliter & promiſcuè devolvi ad eos, qui ſunt ipſis proximi, palam tamen eſt, eam eſſe credulitatem, nulla ratione vel lege ſubnixam: proinde ſi cui recepta videatur diverſa conſuetudo, huic reponemus dictum *l. 39. ff. de ll. Quod non ratione introductum, ſed errore primùm, deinde conſuetudine obtentum eſt, in aliis ſimilibus non obtinet.* Addit præterea laud. Author *Commentario ad Pand. tit. de acquir. vel omitt. hered.* rem maximè ab eo pendere, an alicubi jura patriæ poteſtatis, & excellentes ejus effectus adhuc vigeant? hîs enim abrogatîs, & ſuitas & diſcrimen hereditatis æquè ignoratur. Proinde quicunque heres ex teſtamento vel ab inteſtato ſupervixit defuncto, hereditatem, quam non repudiavit, etſi ignorans, acquirere, & in heredes ſuos transmittere intelligitur, ídque non modò, quod ad dominîum attinet Grönewegen ad *§. 2. Inſt. de hered. qualit. & differ.* ſed etiam quoad poſſeſſionem per decantatam fori Gallici regulam, maxima Europæ parte receptam: *le mort ſaiſit le vif.* defunctus mittit vivum in poſſeſſionem, de qua Tyraquell. *libro peculiari*, & Schilt. *Exercit. 15. §. 11. & ſeqq.* Ubicunque verò populi Romano Jure patriæque poteſtatis effectibus utuntur, differentia prædicta adhuc eſt in viridi obſervantia, ut extranei ignorantes, hereditatem ſibi eſſe delatam, ne quidem jus deliberandi ad heredes ſuos transmittant *l. 19. C. de jur. delib.* Facilè ergo ex dictis colligitur, ſuitatis extenſionem in locis quibusdam latiùs, in quibusdam ſtrictiùs invaluiſſe. Si conſtanti fori uſu aliud receptum non ſit, non putarem facilè ab Huberi doctrina, quâ velut mediâ quadam viâ, optiméque ſervatô æquitatis moderamine incedit, judici eſſe recedendum.

Effectus præteritionis recenſentur.

SUMMARIA.

1. *Liberîs ſuîs præteritîs teſtamentum ipſo jure nullum eſt.* 2. *Tametſi filius præteritus vivo adhuc patre decedat.* 3. & 4. *Quo tamen in caſu id ex æquitate prætoria ſuſtinetur, non modò ſi, ùt quidam volunt, heredes ab inteſtato venientes in eo heredes ſcripti ſint.* 5. & *ſeqq. Sed & ſi extranei.* 8. *Teſta-*

ſtamentum, quô filius ſuus præteritus eſt, jure prætorio non eſt ipſo jure nullum. 9. Nec tamen ex eo ſemper cum effectu bonorum poſſeſſio ſcriptis heredibus defertur. 10. Objectio quorundam refutatur. 11. Senſus l. 12 §. 1. ff. de bon. poſſeſſ. cont. tab. *plenius exponitur. 12. Filius, qui vivo patre in ſui præteritionem conſenſit, non prohibetur poſteà ejus hereditatem vindicare. 13. & ſeqq. Niſi vel juratò ei renunciaverit, 18. vel poſt obitum patris teſtamentum ratihabuerit. 19. & 20. Ut tamen aliis, jus teſtamentum nullum dicendi habentibus, præjudicium inferre nequeat. 21. Quid interſit, jure civili, an prætorio teſtamentum ſuſtineatur? 22. & 23. Quæſtio diſcutitur, an filiô præteritô legata ſalva maneant? Fundamenta negantium proponuntur. 24. & ſeqq. Affirmativa defenditur & 27. ac ſeqq. ad contraria reſpondetur. 31. Inquiritur, qua actione legata hoc in caſu petenda ſint? Item 32. & 33. quantùm interſit, legata & fideicommiſſa ex teſtamento per Novellam, an ab inteſtato per clauſulam codicillarem conſerventur? ubi notabilis Fabri doctrina adducitur, quæ tamen 34. non usque adeò plana eſte oſtenditur, 35. Probatur vulgarem ſubſtitutionem per* Nov. 115. *non conſervari. 36. Benè verò pupillarem, quod adversùs negantes 37. pluribus argumentis adſtruitur, ac 38. objecta diluuntur. 39. & 40. Legatum filio exheredato aut præterito relictum, ſubverſô teſtamentô, non deberi defenditur, utì 41. nec illam inſtitutionem per* Nov. 115. *infirmari, quæ in vim legati obtinet. 42. & 43. Filius, quem teſtator ſe habere ignoravit, ſub generali formula, qua alii liberi heredes ſcripti ſunt, cenſetur inſtitutus. 44. Contraria reſolvuntur. 45. Filiô, qui ignorabatur, præteritô teſtamentum penitus corruit, ut nec hodie poſt* Nov. 115. *legata ſubſiſtant, ſi extranei in ejus locum heredes ſcripti, 46. ſin verò alii liberi, quos teſtator habuit, inſtituti fuerint, in portionem virilem, velut ex mente teſtatoris inſtitutus admittitur. 47. Quod & de poſthumo per errorem non inſtituto dicendum. 48. Quid juris, ſi parentes, falsò de morte liberorum ſuorum perſuaſi, prius teſtamentum, in gratiam liberorum conditum, mutaverint, ac alios heredes ſcripſerint? 49. & 50. Quo caſu filium legata ab extraneis relicta, exceptîs minutîs, non præſtare pluribus argumentis demonſtratur. 51. Quod & procedit, tametſi poſterius teſtamentum clauſula codicillari munitum ſit. 52. & 53. Contrariis reſpondetur, ac præcipuè 54. & ſeqq. difficilis textus in* l. 28. ff. de inoff. teſtam. *explanatur. 58. Si legata non ab extraneis, ſed ab aliis liberis relicta ſint, quemadmodum ea à præterito, & aliis debeantur? per plures caſus reſolvitur. 59. Si pater, natô ſibi poſthumô, aliquamdiu ſupervixit, nec teſtamentum immutavit, legata non convaleſcunt, & an nec hodie poſt* Nov. 115. *60. & ſeqq. Poſthumus ignoranter præteritus, an ex clauſula codicillari hereditatem ſcriptis heredibus reſtituere teneatur? utramque in partem ventilatur, ac 64. quæſtionem hanc voluntatis, atque ex conjecturis terminandam eſſe oſtenditur. 65. & 66. Argumen-*

menta eorum, qui negant, teſtamentô ob iniquam exheredationem vel præteritionem ſubversô, heredis inſtitutionem in vim fideicommiſſi converti, in medium proferuntur, ſed 67. & 68. contraria opinio ùt communis, & praxi recepta defenditur, ac 69. & ſeqq. argumenta in contrarium convelluntur. 74. An clauſula codicillaris omiſſa tacitè ſubintelligatur? 75. Quoties voluntas magìs, quàm verba, & vice verſa, ſcriptura magìs, quàm voluntas in teſtamentis ſpectanda ſit? traditur. 76. Clauſulam codicillarem non ſemper ſolennitates ad codicillum requiſitas deſiderare, contra Stryck. probatur. 77. Quo effectu liberi ſubſtituti præteriti eſſe dicantur? & an inſtituti, à ſecundo gradu exheredandi ſint?

Filiifamilias igitur neceſſariò inſtituendi vel exheredandi ſunt, quibus ſilentiô præteritis teſtamentum adeò totum, & ipſo jure nullum eſt, ut nec legata, nec fideicommiſſa, nec libertates exinde valeant *l. 30. ff. de lib. & poſth. l. 1. & l. 17. ff. de injuſt. rupt.* Neque ſuſtinebitur hoc teſtamentum, etſi pater filio legatum quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius præteritus ſit, nec ne? non ex legati datione, ſed ex inſtitutione aut exheredatione æſtimatur *§. 12. Inſt. de hered. quæ ab inteſt.* 1

Ex hac autem regula varia intulerunt JCti. Primò, quòd etiamſi filius præteritus vivo adhuc patre deceſſerit, nemo heres ex eo teſtamento poſſit exiſtere; neque ſecundò per illud, quod fortè anteà à patre legitimè conditum erat, rumpatur *princ. Inſt. de exhered. liber. l. 7. ff. de lib. & poſth. §. pen. Inſt. quib. mod. teſt. infirm.* nam quod ab initio vitioſum eſt, tractu temporis convaleſcere non poteſt, & quoad valorem teſtamenti tempus facti teſtamenti inſpicitur *l. 18. cum ſeqq. ff. qui teſtam. fac. l. 1. ff. de Reg. Caton.* quæ non patitur inſtitutionem, quæ inutilis futura eſſet, ſi mox poſt teſtamentum factum teſtator deceſſerit, ex eo valere; quia is diutiùs vixerit; & ùt DD. ajunt, ſola remotio cauſæ actûs ſublativæ actum ſublatum non redintegrat *l. 36. §. fin. ff. de teſt. milit.* Tertiò, teſtamentum non ſubſiſtere, ſi filius vel ante teſtamentum, vel in ipſo teſtamento præteritioni conſenſerit, vel hereditati patris viventis renunciaverit, legitimáque ab illo acceptâ contentum ſe fore promiſerit *l. 35. §. 1. Cod. de inoff. teſt.* quia teſtamenti 2

factio, uti & heredis ſui inſtitutio ex jure publico eſt *l. 3. ff. qui teſt. fac.* quod privatorum pactis immutari non poteſt *l. 38. ff. de pact.* neque teſtator facere, quo minùs leges in teſtamento ſuo locum habeant *l. 55. ff. de leg. 1.* Quamquam ſi filius ultrò poſt obitum patris ejusdem voluntati acquieſcat, ejúsque bonis abſtineat, licèt ſubtilitas juris refragari videatur, ex æquo & bono hujusmodi voluntas ſuſtineatur *l. 17. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſt.*

3 Hæc generaliter poſita paulò uberiùs pro dignitate rei explananda ſunt. Et quidem primò in dubium adduci poteſt, an non patris teſtamentum, quo filium jam natum præterîit, eo, vivô adhuc patre, mortuo ex juris prætorii æquitate ſuſtineatur? Non pauci cum Manz. de *teſt. val. & invalid. tit. 8. num. 254.* haud aliter volunt, ejusmodi teſtamentum per mortem filii jure prætorio cum effectu convaleſcere, quàm ſi in eo fuerint inſtituti, quibus aliàs ab inteſtato obventura eſt hereditas per textum apertum in *cit. l. 12. ff. de injuſt. rupt.* ubi poſtquam JCtus in caſu, mortui vivo teſtatore poſthumi, ſimpliciter heredi ſcripto bonorum defert poſſeſſionem, idem quoque in *fin. princ.* circa teſtamentum injuſtum & irritum (confer *l. 1. ff. eod.*) ſervandum eſſe ait, ſi bonorum poſſeſſio data fuerit ei, qui rem ab inteſtato auferre poteſt; ut adeò *l. 2. princ. ff. de bon. poſſeſſ. ſecundùm tab.* in qua generaliter heredibus ſcriptis, ſi liberi antè deceſſerint, bonorum poſſeſſio defertur, ex *d. l. 12.* limitanda, dicendúmque ſit, quòd, etſi teſtamentum, in quo liberi præteriti, jure prætorio non ſit ipſo jure nullum, Prætorem tamen in necem venientium ab inteſtato, & ex jure civili hereditatem vindicantium ſcriptis bonorum poſſeſſionem cum effectu non detuliſſe; quin etiam ex edictis *unde legitimi*, vel *unde cognati* proximos ad ſucceſſionem admiſiſſe; ut meritò videri poſſit, verecundiùs prætorem in caſu præteriti filii jam nati, quàm poſthumi, ob mox infrà adductam diſparitatis rationem cauſam heredis ſcripti adversùs ſtrictam juris civilis rationem, & jus proximorum ex lege vocatorum ſuſcepiſſe.

Vi-

Videri quoque poſſet *d. l. 2. princ.* de eo caſu exaudiendam eſſe, quo liberi non vivo patre, ſed poſt mortem ejus deceſſerunt, ibi: *quòdſi tempus fuerit finitum, aut ante deceſſerint, vel repudiaverint, vel jus petendæ bonorum poſſeſſionis amiſerint,* quo caſu, ùt quidam apud Manz. *cit. loc. num. 256.* volunt, cùm filius non ignarus ſe præteritum, tacens deceſſerit, cenſetur voluntatem paternam approbâſſe *arg. l. 17. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſtam.* Sed verò hæc explicatio vix probari poteſt, partim ob apertum textum in *l. 5. §. fin. ff. unde liber.* partim, quòd filius, quam diu expreſsè non abſtinuit, hereditatem tanquam ex jure ſuitatis ſibi quæſitam in quosvis heredes transmittat.

Verùm Voët. *h. l. num. 5.* Stryck. de *caut. teſtam. cap. 24.* 5
§. 11. nullo ſcriptorum heredum diſcrimine admiſſo, tale teſtamentum jure prætorio ſimpliciter ſuſtineri ajunt. Atque hanc ſententiam ſuadere videtur I. *l. 12. princ. ff. de injuſt. rupt.* ubi teſtamentum patris ex agnatione poſthumi jure civili ruptum *l. 2. & l. 3. Cod. de poſth. hered. inſtit.* ſi is vivô etiamnum teſtatore deceſſerit, velut ex nova patris voluntate jure prætorio defenditur, datâ ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſione *l. 8. §. 3. ff. de jur. codicill.* cùm igitur in caſu quoque noſtro nova concipi poſſit patris ſuperſtitis voluntas, aut ſaltem perſeverantia voluntatis priſtinæ, ratio non videtur eſſe, quin ex eadem æquitate teſtamentum ſuſtineatur. Neque Voëtium, quæ communiter allegatur, urget ratio diverſitatis inter jam natos & quaſi poſthumos, quòd nempe illis præteritis teſtamentum mox ab initio nullum ſit, adeóque ob regulam Catonianam convaleſcere nequeat; illud verò, in quo poſthumus præteritus, usque ad ejus nativitatem ſubſiſtat, & ob id defendi faciliùs, ac ſuſtineri debeat, tanquam cujus initium vitioſum non eſt. Nam præterquam, ùt cit. Author loquitur, quòd teſtamentum agnatione quaſi poſthumi ſemel ruptum eo incipiat eſſe loco, ac ſi ab initio nullum fuiſſet, tum eadem utrique caſui ſuffragatur æquitas, ut non minùs teſtamenta, quæ ab initio ob præteritionem nulla ſunt,

ſub-

ſublata vivô adhuc teſtatore nullitatis causâ, quàm quæ ab initio valuêre, ſed poſteà rupta ſunt, præmortuô poſthumô ſuſtineantur: cùm aliàs II. conſtet, jure prætorio teſtamentum, ex capite præteritorum liberorum, ſi aliàs requiſitîs ſuîs inſtructum fuerit, non eſſe nullum, ſed ex eo ſcriptis heredibus, ſi liberi vel antè deceſſerint, vel jus petendæ poſſeſſionis contrà tabulas amiſerint, aut repudiaverint, delatam fuiſſe ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem *l. 2. princ. ff. de B. P. ſecundùm tab.*

5 Deinde nulla probabili ratione intelligi poteſt, cur teſtamento hujusmodi, ob præteritionem filii jure civili invalido, eo demum caſu Prætor ſuccurrat, quo venientes ab inteſtato in eo heredes ſcripti ſunt: cùm enim his aliàs ab ipſa lege ab inteſtato ſucceſſio deferatur, Prætoris auxilium non modò his ſupervacaneum, ſed & damnoſum foret, dum ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem admittentes legata quoque inibi relicta agnoſcere tenerentur, à quorum exſolutione immunes eſſent, ſi de jure civili ab inteſtato hereditatem amplecterentur. Magìs ergo dicendum, quod in *d. l. 12.* à verſu: *idem & circa injuſtum, & irritum*, diſponitur, non ut extenſionem casûs, qui initiô de valore teſtamenti, ex morte poſthumi vires ſuas jure prætorio recipientis, deciſus eſt, ſed ut ampliationem illis ſubjectam eſſe, quæ in medio verſ. *idcirco*, de legatorum & fideicommiſſorum præſtatione dicta ſunt, ſcilicet, ut ea non minùs debeantur ex teſtamento per nativitatem poſthumi rupto, quàm ob præteritionem filii injuſto, ſi is, qui hereditatem ab inteſtato auferre poterat, nihilominùs bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas agnovit.

6 At inquies: quo minùs teſtamentum, qui approbat, & ex eo bonorum poſſeſſionem agnoſcit, legata quoque ibi relicta præſtare teneatur, dubitationem non habet, adeóque extra deciſionem d. legis fuiſſe videtur. Imò verò hæc dubitandi ratio eſſe poterat, quòd ii ſcripti erant heredes, qui & ab inteſtato hereditatem ſinè ulla legatorum obligatione conſe-

ſequi potuiſſent, quos tamen, ſi fortè humaniùs cum defuncti judicio velint agere, ac ex eo bonorum poſſeſſionem agnoſcere, JCtus voluit, non eò minùs ad legata exſolvenda obſtrictos eſſe: cùm igitur *d. l. 2. princ.* clarè ac perſpicuè decidat; Prætorem teſtamentum injuſtum ſuſtinere, ſi vel liberi antè deceſſerint, vel jus petendæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas amiſerint; econtrà ſententia *d. l. 12. in fin. princ.* obſcura & ambigua ſit, hinc meritò *d. l. 12.* ex *l. 2.* explicanda, & ad legatarios reſtringenda eſt. His demum addi poteſt, quòd, cùm pater, quo vivo filius deceſſiſſe ſupponitur, potuerit reliquos ab inteſtato venientes, aliô teſtamentô conditô, repellere, iniquitatis illi jus prætorium arguere nequeant, quòd velut ex renovata teſtatoris voluntate ſcriptis heredibus bonorum poſſeſſionem impertiatur. Unde facilè colliges, aliud dicendum fore, ſi alii, mortuô filiô, neceſſarii heredes v. g. parentes teſtatori extiterint, qui proximum, remotô filiô, locum occupantes ſalvîs teſtamenti tabulîs præteriri nequeunt. Facit III. quòd teſtamentum, ſi filius præteritus, ac patri ſuperſtes ejus hereditate abſtineat, adeóque heres eſſe nolit, ex æquo & bono ſuſtineatur; ergo eodem modo id defendendum erit, ſi filius mortalitate præventus, ac ante patrem decedens heres eſſe nequeat; cùm aliàs parùm interſit, an quis noluerit, an non potuerit heres eſſe *l. 4. ff. de vulg. & pup. ſubſtit.*

Diximus ſecundò: per teſtamentum ſuperius, quo filius præteritus eſt, non rumpi prius legitimè factum *l. 7. ff. de liber. & poſth.* Excipit Prætor, ſi in poſteriore ſcripti ſint ab inteſtato venientes *l. 2. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſt.* quibus is, filio contra tabulas poſteriores non petente, bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas indulget *l. 12. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* Neque verò, ùt error multorum eſt, vid. Coccejus *jur. controv. l. 28. tit. 4. q. 13.* per teſtamentum imperfectum, quod in *d. l. 2. & l. 12.* dicitur, hîc intelligimus, quale Imperator in *l. 21. §. 3. Cod. de teſt.* ſed illud volumus, quod ſolemnitate ſaltem prætoria abſolutum, id eſt, à ſeptem teſtibus ſignatum,

ſed ob præteritionem filii, vel alium civilis ſolennitatis defectum v.g. ſubſcriptionem teſtium jure civili adhuc nullum eſt, jure tamen prætorio ſubſiſtit: Prætor quippe ſaltem hoc ad valorem teſtamenti attendit, an tabulæ ſint ſupremæ, & ſeptem teſtium ſignaculîs munitæ *l. 1. l. 8. ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.* alias juris civilis ſolennitates, præcipuè quæ in inſtituendis vel exheredandis liberis conſiſtunt, non moratur *l. 12. & 17. ff. de injuſt. rupt. l. 12. §. 1. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab. l. 2. princ. ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.*

9 Dices: ſi teſtamentum jure prætorio ob præteritionem filiifamilias non eſt nullum, vanè in caſu *d. l. 12.* ad effectum rumpendi prioris exigitur, ut in poſteriori ii heredes ſcribantur, qui remotô filiô hereditatem ab inteſtato laturi eſſent. Sed cogitandum eſt, Prætorem non ſimpliciter ſcriptis quibusvis heredibus bonorum poſſeſſionem mox cum effectu deferre; ſed in concurſu plurium vel ab inteſtato, aut contra tabulas, vel ſecundùm has poſſeſſionem petentium æquiſſimum ordinem ſervare *l. 2. princ. ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.* ſingulorum merita ponderare, eíque præ aliis deferre bona, quem major æquitatis ratio commendat. Itaque priorem liberorum præteritorum voluit eſſe conditionem, quos non modò contra tabulas, quibus præteriti ſunt, per remedium reſciſſorium admittit (quod utique argumento eſt teſtamentum jure prætorio valere) ſed etiam ab inteſtato, ex capite *unde liberi* poſſeſſionem petentes heredibus ſcriptis præfert *l. 1. §. ult. ff. unde lib.* Quoniam ſolet etiam Prætor ſubſequi jus civile, quo jure liberi præteriti teſtamentum nullum dicunt *princ. Inſt. de bon. poſſeſſ.*

10 Unde facilè Berlich. *part. 3. concluſ. 16. num. 2.* Manz. de *teſt. val. & inval. tit. 8. num. 391.* refelli poſſunt, qui ex eo hujusmodi teſtamentum jure prætorio valere negant, quod eo jure liberi præteriti admittantur ab inteſtato, perinde, ùt in *l. 1. §. ult. ff. unde liber.* dicitur, atque ſi nullas tabulas pater reliquiſſet *l. ult. ff. de liber & poſth.* abſurdúmque ſit, ut eodem jure detur bonorum poſſeſſio ſecundùm & contra tabulas.

Nam

Nam reſpondetur, id abſurdum haud eſſe, ex quo Prætor in diverſis perſonis, diversáque ratione hoc introduxit, & hoc vel illo modo bonorum poſſeſſionem petentes alios aliis pro diverſo æquitatis meritò præfert, ita, ut etiam ſcriptis heredibus, ſi hi, qui potiores sunt, abſtineant, ſecundùm tabulas bonorum deferat poſſeſſionem. Dein Prætor, utì eſt author juris proprii, ita & ſimul cuſtos juris civilis eſt, ídque toties vel dandô bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vel ab inteſtato, veluti teſtamentum, quod jure civili nullum eſt, in medio non eſſet, poſſeſſionem deferendo ſubſequitur, quoties perſonæ, quæ jure civili admittitur, jus eſt & potentiùs, & eam præ ſcriptis heredibus admitti æquiùs.

Et ut ad caſum *l. 12. §. 1. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* rever- 11
tamur. Æquum haud exiſtimavit Prætor, jus priori heredi ex teſtamento jure civili validô quæſitum aliter auferre, quamſi poſterioribus tabulis is ſcriptus eſſet heres, quem ratio cognati ſanguinis ab inteſtato vocaret. Licèt enim hæ quoque ob præteritionem filii jure civili nullæ ſint, placuit tamen Prætori, eas edictô ſuô tueri; tum ut ita ruptô priorî teſtamentô planior præterito filio aperiretur via per bonorum poſſeſſionem contra tabulas; tum ut eo semoto, vel omittente ſecundùm tabulas adipiſcerentur poſſeſſionem ii, quos ipſa naturalis neceſſitudo præ extraneis majori favore habendos eſſe cenſet *arg. l. 21. §. 3. Cod. de teſtam.* Neque tamen dubitandum eſt, ùt mox demonſtrabimus, quin Prætor prioribus tabulis ſcripto repudiante, & filio, qui teſtamento poſteriore præteritus eſt, abſtinente, extraneum quoque poſterioribus tabulis ſcriptum ad bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas admittat. *l. 2. princ. ff. de bon. poſſeſſ. ſecund. tab.* Hæc paulò explicatiùs tradenda erant, quò in colliſione juris civilis cum prætorio, quod alteri præferendum ſit? intelligamus, atque ad ea, quæ porro diſputaturi ſumus, viam nobis planiorem reddamus.

Dictum tertiò: teſtamentum ex eo haud ſubſiſtere, quòd 12
filius in ſui præteritionem teſtanti patri conſenſerit, aut etiam

legitimâ acceptâ hereditati vivente patre renunciaverit, ita, ut hoc non obſtante filius ipſe teſtamentum impugnare poſſit *l. 35. §. 1. de inoff. teſtam. l. 3. C. de collat.* Præter rationes ſuprà collocatas hæc quoque reddi poteſt, quod pactum de non ſuccedendo legibûs civilibûs reprobatum ſit *d. l. 3.* nec valeat repudiatio hereditatis illius, qui ſuperſtes eſt, & quæ nondum pleno jure delata eſt *l. 13. & l. 94. ff. de acquir. vel omitt. hered.* quo tamen caſu Berlich. *d. concl. 16. n. 21.* Stryck. de *ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 9. cap. 4. §. 18.* tradunt, tale teſtamentum ex æquitate prætoria conſervari *arg. l. 17. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſtam.* verùm quod ibidem defendant, nec filium patri ſuo ſuperſtitem tale teſtamentum impugnare poſſe; tum, quod Prætor omnia pacta & promiſſa ſervari præcipiat *l. 1. ff. de pact.* tum, quòd is, qui ſe ipſum exheredem ſcripſit, repellatur à bonorum poſſeſſione contra tabulas; quia in ſui exheredationem conſenſiſſe videtur; id minimè nobis probatur: quòd enim conſenſus in exheredationem filium repellat, eſt; quia teſtamentariæ formæ per exheredationem ſatisfactum; in filii verò arbitrio poſitum eſt, jus impugnandi teſtamentum in ſe validum pacto remittere; at quò minùs filius ad valorem teſtamenti inſtitui debeat, utque tale teſtamentum, quo filius nec inſtitutus, nec exheredatus eſt, jure civili ſuſtineatur, conſenſu ſuo efficere non poteſt, neque pacto privato hanc neceſſitatem, lege publica ad formam teſtamenti requiſitam, immutare *d. l. 35.* Nec igitur ex teſtamento, quod nullum eſt, nec ex conſenſu in præteritionem dato, quem jus civile non ſinit eſſe obligatorium, ſed ex eo ſaltem capite filius à ſucceſſione arceri poteſt, cùm patri ſuo ſuperſtes juri petendæ hereditatis, ſibi jam delatæ, in gratiam heredis ſcripti renunciat *arg. d. l. 17. d. l. 35. §. 1. l. 2. princ. ff. de bon. poſſeſſ. ſec. tab.* Manz. de *teſt. val. tit. 8. q. 2. num. 332. & 350. & ſeqq.* Berlich. *d. concl. 16. à num. 28.* Ad hæc, ſi filius præteritus teſtamentum hoc ampliùs impugnare, nec ad hereditatem patris admitti poſſet, ſed inſtituti per bonorum poſſeſſionem ſecundùm tabulas ei præferendi forent, manifeſtè ſequè-

queretur, Prætorem hactenus diſpoſitionem legis civilis, filium, non obſtante ſuo in præteritionem conſenſu, admittentis *d. l. 17.* & *l. 35. §. 1. l. 47. §. 2. ff. de bon. libert. l. 3. C. de collat.* exauctorâſſe; cùm tamen in confeſſo ſit, Prætorem quidem multa præter, nil contra leges ſtatuere potuiſſe *l. 28. §. 2. ff. ex quib. cauſ. majores.*

Quid verò, ſi filius aut filia, acceptâ legitimâ aut dote juratò paternæ hereditati renunciaverit, adeóque in ſui præteritionem conſenſerit? Reſpondemus, quòd, quemadmodum pactum, quo futuræ hereditati renunciatur, jure civili penitùs improbatum *l. 3. C. de collat.* ita quoque juramentum, eidem firmando adjectum, velut contra vim legis & auctoritatem juris interpoſitum, nullius eo jure momenti habeatur *l. 112. §. fin. ff. de legat. 1. l. 5. in fin. C. de ll.* Quia tamen jure Pontificio juramentum, quod ſuper actu, à lege in favorem jurantis infirmato, præſtatur, ſervari præcipitur; cùm ejus obſervantia nec in alterius præjudicium redundet, neque in diſpendium vergat animæ jurantis *cap. 28. x. & cap. 2. de jurejur. in 6.* hinc etiam tale pactum hereditatis renunciativum, Sacramento munitum, efficitur obligatorium, non modò, ùt quidam acriter contendunt, in linea *religionis*, ſed etiam *juſtitiæ*, ita, ut non minùs jurans, quàm ejus heredes ex pacto per juramentum firmato obſtringantur: licèt enim vis juramenti quoad reatum perjurii perſonam jurantis non egrediatur, quoad robur tamen promiſſionis, quæ per juramentum valorem induit, ſortitur effectum realem, & ad heredes tranſitorium *arg. l. 13. C. de contrah. & committ. ſtipul.* prout id eruditè oſtendunt, ac ſolidiſſimè probant Clariſſ. D. Collega D. Franz p.m. in *ſelect. quæſt. q. 19. num. 20. & ſeqq.* Plur. Rever. ac Clariſſ. D. Collega P. Placidus Böckhn *ſelect. Addit. ad tit. de juram. q. 8. num. 8.* & noviſſimè Plur. Rever. ac Clariſſ. D. Collega Oddo Scharz *diſſert. de juram. 2. §. 2. à num. 37.* Qua in re eò minùs hodie laborandum eſt, poſtquam hucusque conſtanti Germaniæ praxi ea paſſim juris Canonici interpretatio invaluit, ut hujusmodi pactis, quibus futuræ hereditatis

tati renunciatur, ſucceſſoribus quoque renunciantis omne jus ſucciſum eſſe intelligatur. Quidquid igitur de mente Pontificum, & quoadusque illi jus civile hactenus corrigere in animum induxerint, utramque in partem pro ſcholis probabiliter diputari poſſit, nobis tamen uſus forenſis & conſtans rerum ſimiliter judicatarum auctoritas pro lege eſt *l. 38. ff. de ll.* malumúsque ex effectibus ſuis, quàm ex ambiguo Canonum intellectu vim poteſtatémque ejusmodi renunciationum æſtimare: ex effectibus enim cauſa optimè cognoſcitur *arg. l. 2. in fin. ff. de donat. l. 39. ff. de furt.*

14 Quamquam autem filia renuncians in teſtamento paterno validè præteriri queat, ita ut teſtamentum quoad filiam omnino ſubſiſtat, nec per eam querelâ nullitatis, aut inofficioſi poſteà impugnari poſſit; nihilominùs tamen DD. communiter hoc tale teſtamentum non aliter, quàm ex æquitate prætoria, adeóque in ſolum renunciantis præjudicium ſuſtineri volunt *arg. l. 17. ff. de injuſt. rupt. & irrit.* cui conſequens eſt, ut ejus fratres, ſi quod fortè his præjudicium per diſpoſitionem paternam illatum ſit, illud tanquam jure civili ob defectum neceſſariæ inſtitutionis nullum dicere, rémque ex perſona præteritæ filiæ ad cauſam inteſtati redigere poſſint *arg. l. 10. §. fin. ff. de bonor. poſſeſſ. cont. tab.* cùm jurata unius renunciatio neque in aliorum detrimentum cedere, nec formam eſſentialem à lege præſcriptam immutare valeat Strauch. *Exercit. 4. ad l. 35. §. 1. C. de inoff. teſtam. cap. 5. num. 18.* Carpz. *p. 3. conſt. 10. def. 3.* Stryck. de *ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 8. cap. 10. n. 96. & 98.* Cramer. de *pact. hered. renunciat. cap. 2. §. 49.*

15 Quod autem juratam matris renunciationem ejus quoque liberis, quo minùs hi avo ſuo ſuccedere poſſint, nocere dictum eſt, eo caſu procedit, ſi filiæ patris hereditas delata fuerit, atque adeò, ea adhuc vivente, pater deceſſerit; quoniam tunc hereditas mox illis cedit, in quorum favorem filia renunciavit; neque jus ullum nepotibus ad avi hereditam competere poteſt, quos mater tempore delatæ hereditatis præceſſit *l. 6. ff. de injuſt. rupt. &c. l. 10. §. 4. ff. de bon. libert.* Secus

er-

ergo ſtatuendum, ſi filia renuncians ante patrem obîiſſet; utpote quæ aliud ſua renunciatione non cenſetur promiſiſſe, quàm quod ab hereditate paterna, ubi hæc ſibi delata fuerit, abſtinere velit; igitur ſi ante patrem, delatámque hereditatem moriatur, conditio illa, ſub quâ renunciatio facta eſt, defecit, adeóque & ipſa renunciatio; nec jam filia tam propter renunciationem, quæ nunquam effectum habuit, quàm per mortem excluſa eſt; cùm utique priùs ſit, ut deferatur jus, cui renunciatur, quàm ut ei validè renunciari poſſit *l. 45. §. 1. ff. de legat. 1. l. 1. §. 7. ff. de ſucceſſ. edict.* Cùm ergo perinde hoc caſu habeatur, ac ſi renunciatio nulla facta fuiſſet, ea liberis, tametſi matri ſuæ heredes extiterint, obſtare nequit, quo minùs hi ad avi ſucceſſionem, ſibi jam primô locô delatam, admittantur Modeſt. Piſtor. *conſ. 33. num. 8.* Richter. *p. 4. conſ. 26.* Stryck. *cit. diſſ. §. 78.* Quod & Ant. Faber in *Cod. lib. 2. tit. 3. def. 14.* Berlich. *p. 2. concl. 43. num. 19.* Carpz. *p. 2. conſt. 35. def. 12.* Stryck. *cit. loc. num. 79.* procedere volunt, tametſi expreſsè *pro ſe & heredibus ſuis* renunciaverit; eò quòd renunciatio matris pro liberis ſuis in eundem caſum, atque ſub eadem conditione facta fuiſſe cenſeatur, qua pro ſe renunciavit: ea itaque, viva matre, non exiſtente non potuit obligatio ad heredes deſcendere: heres enim non poteſt teneri ex pacto defuncti, niſi ſub iisdem legibus & conditionibus, quibus defunctus contraxit *l. 2. §. 2. ff. de V. O.* niſi fortè à matre nominatim quoque jus liberorum in ſtipulationem deductum, cautúmque fuiſſet, illo etiam caſu, quo filia renuncians præmoreretur, liberos ex ſe natos ſucceſſionem avi nunquam petituros; tunc ſi quidem liberi matri ſuæ heredes exiſtant, factum maternæ renunciationis præſtare, & fidem promiſſionis, quâ renuncians liberos quoque ſuos obſtrictos eſſe voluit, exſolvere tenentur *arg. l. 14. C. de R. V. l. 149. ff. de R. J.* atque ita nepotes à ſucceſſione avi, quæ eis directè per matrem auferri non potuit, per conſequentiam, atque ex propria voluntate, per aditionem maternæ hereditatis declarata, excluduntur, aliàs, ſi ſe à materna hereditate abſtinuiſſent, mi-

minimè removendi; cùm beneficium illud repræſentationis, quâ in locum gradúmque maternum ingrediuntur, non habeant à matre, ſed à lege, nec tam perſonam matris, quàm ejus gradum repræſentent; & quoniam ex matris hereditate nullum lucrum percipiunt, inde nec ab ea onerari, aut jus ad ſucceſſionem avi, iisdem à lege delatam, per factum matris auferri poteſt.

16 Utut autem ita, teſtante Stryckio, comuniter DD. ſtatuant, nec tamen ea res quoad illud deciſionis membrum, quo nepotes, etſi matri ſuæ heredes extiterint, ab avi tamen ſucceſſione non excludendos dictum eſt, tametſi mater non pro ſe tantùm, ſed & pro liberis ſuis renunciâſſet, ſcrupulo vacat: cùm enim ea pactorum fieri ſoleat interpretatio, ut ne verba perperam poſita, ac ſinè effectu exiſtant, ſanè intelligi nequit, quo fine & effectu heredes quoque matris ſub pacto renunciativo comprehendantur, ſi non hi perinde, atque ſi ſpeciatim eorum jus à matre remiſſum fuiſſet, à ſucceſſione avi excludantur. Nam ſi filia patri ſuo ſuperſtes ſit, tum ejus renunciatio nepotum intuitu ſupervanea eſt; quoniam his aliàs nullum ad avi ſui hereditatem jus competit, cùm mater eos præcedat: cùm ergo renunciatio non modò in perſonam renunciantis, ſed & in ejus liberos concepta fuerit, ea mente atque effectu id factum fuiſſe videri poteſt, ut & hi, matre licèt præmortua, ab avi ſucceſſione, quandocunque ſibi obventura abſtineant Kellenb. *q. 33. num. 46. & 53.* Goldaſt. de *majorat. lib. 3. cap. 16.*

17 Quòd ſi filia non ſimpliciter, ſed in favorem certarum perſonarum renunciaverit, hîs ante delatam ſibi hereditatem mortuîs, velut ceſſante conditione renunciatio evaneſcit, filiæque jus ad hereditatem patris reviviſcit; quoniam omnis renunciatio cenſetur facta, *rebus ſic ſtantibus*, quæ clauſula in omni pacto, etiam jurato ſubintelligitur Struv. *Exercit. 38. lib. 38. tit. 17. §. 51.* Hertius *Reſp. 133. num. 12.* Stryck. *cit. diſſert. n. 118.* quem de hoc renunciationis argumento pleniùs agentem vide. De filia ſtatuto excluſa, an, & quando maſculîs deficientibûs

bûs, vel à ſucceſſione excluſis heres inſtituenda ſit? confer Manz. *Tract. de teſtam. valid. tit. 8. à num. 437.*

Dictum ultimò: teſtamentum, filiô prætéritô id poſt 18
obitum patris ſui vel expreſsè vel tacitè approbante v. g. legatum aliúdve in teſtamento ſibi relictum acceptante *l. 10. §. 3. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab. l. 5. §. 2. ff. de leg. præſt. contr. tab.* ejúsque bonis abſtinente ex æquo & bono ſuſtineri *l. 17. ff. de injuſt. rupt.* Idque non ſolo jure prætorio, quod ad tabularum valorem ſui heredis inſtitutionem haud deſiderat, ſed etiam, ùt quidam contendunt, jure civili ex noviſſima Imperatoris conſtitutione in *l. 35. §. 1. Cod. de inoff. teſt.* (quamquam non pauci *l. 35. §. 1.* non de caſu prætériti filii, ſed exheredati, adeóque teſtamento ipſo jure valido intelligant) quoniam ſi mortuo patre, delatáque ſibi ab inteſtato hereditate filius cum heredibus paternis tranſactionem celebraverit, ſuámque nullitatis querelam in eorum favorem remiſerit, jam non ampliùs de futura, ſed præſenti hereditate agitur, quæ utique repudiari, ac cedi iis poteſt, qui eam filio in medio non exiſtente fuiſſent habituri; quô fit, ut teſtamentum retrò ſemper valuiſſe, & hereditas patris filio nunquam effectu juris quæſita fuiſſe intelligatur. Cujus hìc effectus eſt, quòd fructus illius hereditatis non ſolùm à tempore, quo filius patris judicio ſe acquieſcere declaravit, ſed etiam retrò à tempore mortis teſtatoris ad heredem ſcriptum pertineant; non ſecùs, ac ſi nunquam filio delata fuiſſet hereditas, vel hæc eidem teſtamento adempta Vasq. *illuſtr. controv. cap. 99. num. 3.* Et quamquam aliàs filius inſtitutus, qui ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem non petiêrit, ſibi ipſi ſuccedere, & ab inteſtato bonorum poſſeſſionem agnoſcere poſſit *l. 1. §. 11. in fin. de ſucceſſ. edict.* id tamen non procedit, ſi filius fuerit teſtamento prætéritus, qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas repudiando, eandem poſteà ab inteſtato ex capite *unde liberi* ampliùs petere nequit *l. 2. ff. ſi tab. teſtam. null. extab.*

Quod autem diximus, teſtamentum à filio prætérito 19
poſt mortem patris ſui agnitum, jure prætorio conſervari,

procedit, ſive in teſtamento paterno ſcripti ſint extranei, ſive aliàs ab inteſtato venientes: quoniam ſi hi remotiores ſunt filiô, nullum cauſari poſſunt ſibi per hujusmodi transactionem, cum extraneis interpoſitam, præjudicium inferri; cùm filius ex prærogativa gradûs penitùs eos excluderet. Quòd ſi verò unum vel plures ejusdem cum filio gradûs, fratres nempe ſupponas, ſed inæqualiter & in minori, quàm ab inteſtato caperent, portione inſtitutos, nequit hæc præteriti filii approbatio his obſtare, quò minùs ipſi ex perſona præteriti filii teſtamentum nullum dicere, vel ùt ajunt, contra tabulare, omniáque ad cauſam inteſtati reducere poſſint, & ita extraneos inſtitutos in totum, niſi quatenùs his præteritus portionem ſibi obventuram ultrò cedere malit, excludere. *l. 3. §. 11. l. 4. §. 3. l. 10. §. fin. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* ne aliàs extranei melioris conditionis eſſent futuri, quàm liberi, quibus ex præteritione unius jus nullitatis vel contra tabulas petendi quæſitum eſt, quod eis per abſtentionem præteriti auferri non poteſt; cùm beneficio, quod habeo propter te, poſſim adversùs alium uti, etiam te invito *d. l. 10. l. 1. §. ult. ff. unde liber.* Sed neque ut privilegiatam patris inter liberos diſpoſitionem hujusmodi teſtamentum in præjudicium aliorum liberorum defendi poſſe, ita, ut partes, quas teſtator fecit, ſervari debeant *arg. l. 18. Cod. famil. erciſc.* ex iis apparet, quæ ſub forma liberos inſtituendi *n. 73. & 74.* collocavimus. Berlich. *d. concl. 16. n. 4. & 28.*

20 Diſſentit Ant. Faber. *deciſ. 37. error. 5.* Bachov. ad Treutl. *vol. 2. diſp. 11. theſ. 1. lit. B.* & putant, nullum cognatis ex abſtentione filii præjudicium inferre poſſe; quoniam cùm Prætor facere nequeat, ne teſtamentum jure civili nullum ſit ob defectum inſtitutionis, qui per abſtentionem filii non tollitur, adeóque ne à lege proximi cognati ad hereditatem vocentur, his jure ſuo utentibus poſſeſſio ſecundùm tabulas, quam Prætor dedit, ſinè re efficietur. Sed verò nemo non videt, hanc rationem, ſi ea generaliter ac ſinè moderamine procedat, nimium probare, atque omnem honorariæ ſuc-

ceſ-

ceſſionis effectum, quem Prætor illis quandóque in caſibus, quibus teſtamentum jure civili nullum eſt, impertitur, evertere.

Sed quid intereſt, jure civili an prætorio teſtamentum ſuſtineatur? Plurimum ſanè: nam priori in caſu inſtitutus ad usque triginta annos hereditatem adire, eandémque perſequi poteſt, quo tempore jus ſe immiſcendi extinquitur, & hereditas interim à ſcriptis heredibus poſſeſſa eis irrevocabiliter confirmatur: poſteriori verò, ſi filius ſit, intra annum, ſi extraneus, intra centum dies utiles bonorum poſſeſſionem coram judice petere tenetur, quo tempore lapſo hereditas non obſtante approbatione præteriti ad cauſam inteſtati devolvitur, & approbatio habetur pro non facta, ita ut filius, qui antè in gratiam inſtitutorum ſui præteritionem ratihabuit, ante alios ad hereditatem admittatur; quoniam ejus approbatio cenſetur facta fuiſſe ſub conditione, ſi inſtitutus eâ utatur, & ſecundùm tabulas bonorum poſſeſſionem occupaverit Berlich. *cit. concluſ. 16. num. ult.* Quod verò cit. Author addit, jus dicendi teſtamentum nullum ad heredes non transmitti; cùm, qui ante querelam nullitatis inſtitutam deceſſit, teſtamentum tacitè approbâſſe cenſeatur, id ſuprà refutatum eſt, hujúsque aſſerti inanitas ex eo manifeſtiùs liquet, quòd accuratè loquendo non detur præterito remedium nullitatis, quo teſtamentum nullum dicat; nec enim eo opus eſt: ſed datur ei ipſa petitio hereditatis ab inteſtato, ac ſi planè nullum teſtamentum in medio fuiſſet *l. 1. §. ult. ff. ſi tab. teſt. null.* ſi jam alter excipiat, teſtamentum adeſſe, tunc replicabitur, id non valere, & nullum eſſe. Igitur cùm filio præterito per hujusmodi teſtamentum jus hereditatis non fuerit ereptum, ejus petitionem ex jure ſuitatis non minùs in quosvis heredes, quàm ſi pater ab inteſtato deceſſiſſet, transmittet. 21

Momentoſa nunc incidit quæſtio, an hactenus ex *Novell. 115. cap. 3. & 4.* quid immutatum? Dubium in eo præcipuè vertitur, an filio ſuo præterito tota teſtantis voluntas corruat, an ſola heredis inſtitutio, reliquis in ſalvo manentibus 22

capitulis, legatis puta, fideicommiſſis &c. evertatur? Nihil ea conſtitutione innovatum, adeóque totum teſtamentum, aliquô ſuorum præteritô, etiamnunc annullari non pauci cum Franzk. *Exerc. 6. q. 3.* Lauterb. *Colleg. Pand. tit. de liber. poſth.* Coccej. per *controv. tit. eod.* ex ſequentibus rationibus adſtruunt. I. quòd Imperatoris mens fuerit, per hanc Novellam præteritis favere, eorum jura augere, remediúmque ſuggerere, quo ab eis injuriam exheredationis vel præteritionis auferret, *néve falſis accuſationibus criminentur, vel aliquam circumſcriptionem in parentum ſubſtantiis patiantur d. Nov. cap. 3. §. ſin autem.* cùm ergo ſui præteriti jam tum veteri jure citra metum falſæ criminationis nullum teſtamentum dicant, & univerſa ab inteſtato hereditate potiantur *l. 17. ff. de injuſt. rupt.* hæc conſtitutio non modò ſupervacanea, ſed etiam ſuis damnoſa foret, quatenùs nihilo plus, quàm quod heredi deſtinatum erat, conſequerentur, legatîs in ſua firmitate manentibûs.

23 II. Imperator poſt dictam *Nov.* non ampliùs licere voluit parentibus liberos præterire vel exheredare, eâ ſcilicet libertate, qua olim id licuit; niſi probati fuerint ingrati, & cauſas ingratitudinis teſtamento ſuo parentes inſeruerint; cùm ergo ſuus præteriri olim ſalvô teſtamentô non poterat, apparet præteritionem ad matrem, exheredationem verò ad patrem referendam eſſe; cùm olim præteritio materna pro exheredatione habita §. *4. Inſt. de exhered. liber.* aliter, quàm per querelam inofficioſi everti non poterat. Idque magis ex eo roboratur. III. quòd Imperatori ſaltem propoſitum fuerit, certam exheredationis formam eô locô præſcribere, quâ non obſervatâ nullum exheredatis liberis præjudicium generari voluit *dict. Novell. cap. 3. in fin.* quæ adeò ad præteritionem paternam ſpectare nequit, cujus effectum longè novimus ab exheredatione diſtinctum. Quin, quod IV. in præteritione paterna illius formæ obſervatio videatur carere terminis habilibus: nam præteritio ſilentiô committitur, ùt eſt in *princ. Inſt. de exhered. liber.* Idcirco abs re videtur, velle requirere certarum cauſarum expreſſionem, quæ exheredationi tantùm con-

conveniat. Præterea V. cit. conſtitutio loquitur de teſtamentis, quæ per querelam *reſcinduntur*, *evacuantur*; non igitur ad illud pertinere poteſt, quod ob paternam præteritionem nullum eſt. Facit denique VI. quòd lex correctoria, qualis hæc eſſe cenſetur, ſtrictè capienda, nec ultrà expreſſos terminos extendenda ſit.

Hæc etſi non levis momenti videantur, magìs tamen 24
inclinat animus in eorum ſententiam, qui cum Gail. *l. 2. obſerv. 113.* Jul. Clar. *q. 52. num. 2.* Berlich. *part. 3. concl. 16. num. 1.* Manz. *cit. tract. tit. 9. num. 7.* contendunt, per Novellam hodie tam in caſu exheredationis, quàm præteritionis paternæ ſolam evacuari heredis inſtitutionem. Nam I. vero videtur ſimillimum, non alio Imperatorem ad dictam ſanctionem animo acceſſiſſe, quàm ut materiam de inſtituendis exheredandísve liberis & parentibus, tot legum capitulis diffuſam diſperſámque, & pro liberorum parentúmque qualitate tam variè priſcis Legislatoribus pro ratione veteris ævi definitam, compendiosè ſimplicíque modo complecteretur, & prout idem in ſucceſſione ab inteſtato *Nov. 118.* naturalem ſecutus rationem præſtitit, exploſa veteris juris ſubtilitate, unam in omnibus liberis conditionem, eandémque inſtituendi neceſſitatem exheredandíque formam induceret. Enimverò mox in ingreſſu *d. Nov. cap. 3.* generaliter præfatur, *non licere patri vel matri, avo vel aviæ filium vel cæteros liberos præterire, aut exheredes in ſuo facere teſtamento*, nullo planè diſcrimine aut indiciô factô, exheredationem ad patrem, præteritionem ad matrem referendam eſſe; ergo nec nos diſtinquere, & quæ conjunctim de utroque prædicantur, ad diverſa referre oportet *arg. l. 8. ff. de public. in rem act.* certè ùt ſcribit Fachin. *l. 10. cont. cap. 70.* præteritionem de ea intelligi, quæ vim habeat exheredationis, divinationem continet. II. Exheredatio non ritè, & ad formam Novellæ ſolenniter facta effectu juris pro præteritione habetur *arg. l. 8. princ. & §. 2. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* cùm, ùt infrà demonſtrabimus, ad utramque remedium nullitatis pertineat; ſi ergo exheredatione tam pa-

terna quàm materna, sinè elogio facta, saltem evertitur testamentum quoad heredis institutionem, idem in præteritione tam paterna, quàm materna dicendum est.

25 Item III. quotiescunque non est observata solennitas Novellæ, toties sola corruit institutio, hoc evenit in præteritione paterna; ergo. IV. in *d. Nov. cap. 4.* hoc idem, id est, pari effectu & ratione de liberis disponitur, eisdémque prætereundi vel exheredandi parentes licentia, nisi ex causis nominatis specialiter expressis, aufertur; igitur censendum est, priori quoque capite exheredationem & præteritionem sinè discrimine æquiparatam esse, ùt sæpiùs hoc idem Justinianus repetit *cap. 4. §. fin. Et hæ quidem exheredationis aut præteritionis pœnæ. In cap. 5. in princ. sola enim nostræ Serennitatis intentio, à parentibus & liberis injuriam præteritionis & exheredationis auferre.* Deinde V. in dicta Novella *cap. 4. §. fin. Si quid*, ait Imperator, *pro legatis, sive fideicommissis, & libertatibus & tutorum dationibus, aut quibuslibet aliis capitulis in aliis legibus inventum fuerit huic constitutioni contrarium, hoc nullo modo volumus obtinere:* at in legibus dicitur, quòd, filiô suô præteritô, neque libertates, neque legata, nec fideicommissa debeantur *l. 8. §. 16. l. 28. ff. de inoff. testam. l. 17. ff. de injust. rupt.* ergo leges illæ per *Nov. 115.* sublatæ sunt. Ad hæc VI. major injuria infertur liberis à patre, quando falsis criminationibus exheredantur, quàm si silentiô prætereantur, verbísque contumeliosîs non lædantur; si ergo in priori casu propter iniquam exheredationem saltem institutio evertitur, multò minùs ob simplicem præteritionem testamentum in totum ampliùs vitiari, ratio suadet.

26 Ratio autem, quòd Imperator solam heredis institutionem, liberîs injustè exheredatîs præteritîsve, eversam velit, videtur esse, quòd parentes circa eam solùm delinquant, injuriámque liberis inferant, quatenùs extraneô præsertim prælatô, eos silentiô prætervehuntur, & non, ùt decet, honorabilî titulô instituunt *l. 5. §. 6. ff. de legatis præstand.* quæ non æquè in reliquis testamenti capitulis militat; cùm filius institutus nullâ se injuriâ à patre affectum queri possit, etsi multa

aliis

aliis legata aut fideicommiſſa præſtare, ſervos manumittere, aut ſub hujus vel illius tutela eſſe cogatur. Cùm igitur ſolam præteritionis vel exheredationis injuriam à liberis auferre velit Imperator *d. Novell. cap.* 5. inhumanum atque iniquum ei viſum erat cum inſtitutione cætera quoque teſtamentô relicta, & diſpoſita convelli, quæ proinde ſic firma perſiſtere voluit, tanquam, ut ipſe in fine *cap.* 4. ait, in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum. Unde apparet, Juſtinianum non modò liberis, ſed & ipſius teſtatoris voluntati, quà citrà liberorum injuriam exitum habere poteſt, voluiſſe ſuccurrere; cùm nihil aliàs adversùs legum antiquarum rigorem, omnia ſubvertentem, videatur curâſſe impenſiùs, quàm ubique veſtigia voluntatis ſequi teſtatorum *l.* 5. *princ. Cod. de neceſſ. ſerv. hered. l.* 1. *Cod. SS. Eccleſ.*

Hîsce ita firmatîs jam ſupereſt, ut etiam in contrarium 27
ſuperiùs obducta diluamus. Ad I. non imus inficias, id præcipuè hâc novellâ conſtitutione intendiſſe Legislatorem, quò remediô aliquô noviter introductô liberos ab exheredationis vel præteritionis injuriâ, & à falſis accuſationibus eriperet; ſed hoc illud idem eſt, quô ſui utebantur præteriti, remedium videlicet nullitatis, quod univerſim omnibus ſinè diſcrimine liberis prodeſſe voluit, in quibus exheredandis ſolennitas Novellæ obſervata non eſſet, adeóque & præteritis, quorum eandem cum exheredatis ſinè cauſa voluit eſſe conditionem. At verò quia non ita liberorum favor promovendus erat, ut mox omnis parentum voluntas ſubvertatur, & ultrà id corruat, quà n quà per eam in liberos injuria admiſſa eſt, hinc ſupremis porro voluntatibus cautum eſſe voluit, ut ne ultra heredis inſtitutionem reſcinderentur, ſed omnia reliqua perinde impleantur, tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum. Idque æquiſſimâ ratione: ſi enim per dictam Novellam effectus querelæ inofficioſi, quâ filio hodie experiundum eſt, ſi exheredatio fuerit cum elogio perpetrata, usque adeò reſciſſus eſt, ut ſolam, ſecùs quàm olim obtinuit, evertat heredis inſtitutionem, quid ampliùs ſpe-

ſperet à patre ſuo præteritus, qui ſimplicî planáque viâ ab inteſtato hereditatem petit, quam exheredatus, querelam movens, ſæpè poſt multa ſumptuum temporísque diſpendia, & detectas criminationum injurias obtinere poteſt, majori certè præ altero, favore dignus. Nec obeſt, quòd ita hæc conſtitutio filio ſuo præterito damno futura eſſet: neque enim id novum eſt, ut, cùm leges exauctorata antiqui juris varietate certum & æquabile jus, certámque favoribus ſuis normam conſtituunt, ut, inquam, aliquando & pro ſingulari caſu anguſtius ſit novæ legis beneficium, quàm quod veteri jure obtinuiſſet. Exemplo nobis ſit quarta ex conſtitutione Divi Pii arrogato impuberi, ſinè cauſæ cognitione emancipato, vel exheredato præſtanda, quæ licèt eum à querela inofficioſi, quâ hereditatem ipſam conſequi valuiſſet, penitùs arceat *l. 8. §. 15. ff. de inoff. teſtam.* quia tamen cauſam impuberum univerſim adjuvat, minimè eam huic inutilem aut danoſam dicimus. Similiter evenire poteſt, ut pater favore *Nov. 118 in fin. cap. 2.* in ſucceſſionem proprietatis filii ſui unà cum fratre defuncti germano admiſſus, aliquando pluribus ſuccedentibus minus re ipſa capiat, quàm is ex antiquo, quem in filiorum bonis olim obtinuit *l. 7. §. 7. ff. de SC. Tertul.* uſufructu habuiſſet Huber. ad *Inſt. de ſucceſſ. ab inteſt. num. 11.* Ita pariter novellam hanc conſtitutionem, etſi filius præteritus legata ſecundùm eam implere teneatur, nemo ùt ſupervacaneam, aut nocivam ſugilaverit; quia cauſam liberorum tam in caſu exheredationis injuſtæ, quàm præteritionis, ídque tam reſpectu matris quàm patris æquabiliter promovet; ut meritò damnum, quod aliquando filius ex ea ſentit, cum commodo ex aliis caſibus ſuccreſcente penſare debeat. Deinde, ſin in nullo prorſus liberorum juribus hæc conſtitutio derogaret, ſequeretur, quòd etiam tunc, cùm teſtamentum ob præteritionem maternam, vel injuſtam exheredationem paternam reſcinditur, legata & reliqua non debeantur, quod nec ipſi adverſarii admittunt.

Si-

Similiter ad II. & III. concedi poteſt, fuiſſe Imperatoris 28
conſilium, maternæ præteritionis, ùt & exheredationis paternæ licentiam conſtringere : cùm enim utraque per querelam expugnanda, atque inſuper mores grati ab ipſis liberis probandi eſſent, maximè his à juris veteris laxitate infereba-tur injuria : quod, cùm iniquum Imperatori videretur, formam non modò novam exheredandi, ſed & certas definitásque cauſas ita complexus eſt, ut ſi hæc obſervata non fuerint, nullum exheredatis præjudicium contingat, ſed perinde exheredatio habeatur, ac ſi præteriti eſſent, remedio nullitatis in hunc quoque caſum liberis competente. Quia ergo exheredatio injuſta idem præſtat, ac præteritio, non abs ratione generalibûs verbîs conſtitutionem ſuam orſus eſt: *non licere patri aut matri.* Idque tantò juſtiore ratione, quòd conſtet, omnes ſinè diſcrimine liberos ex mente Imp. hodie inſtituendos, vel certâ formâ exheredandos eſſe ; cùm ergo univerſim omnium liberorum cauſa hodie exæquata ſit, eadémque matri inſtituendi neceſſitas incumbat, nihilo plus ampliùs operari poteſt præteritio paterna ; ſed utì exheredati ſive injuſtè ſivè iniquè, hoc eſt, ex cauſa ab herede non probata, ſolùm id, quod heredi deſtinatum erat, conſequuntur, ita & præteriti, quos, ùt ex probatione quarta apparet, ubique exheredatis conjunxit, eandémque exheredationis & præteritionis pœnam eſſe voluit, quin & apertîs verbîs expreſſit, ſe antiquare velle, quidquid huic conſtitutioni, legata, fideicommiſſa &c. in ſua firmitate conſervanti, contrarium in aliis legibus inventum fuerit.

Nec urget, quòd in *dict. Nov. cap. 3. in fin.* ſola exhereda- 29
torum fiat mentio, quibus nullum generari dicitur præjudicium : præterquàm enim, quòd ex præcedentibus ſatìs conſtet, Imperatorem præteritos juxta ac exheredatos quoad effectum reſcindendi teſtamenti pari effectu habere voluiſſe, ut adeò ampliùs opus haud eſſet, utrosque in *fin. cap. 3.* propriis nominibus & vocabulis diſtinxiſſe, & horum & illorum ſeparata appellatione meminiſſe, tum quoque non eadem circa

hunc articulum textûs verſio eſt: alii enim ſic legunt: *nullum liberis præjudicium generari, qui heredes ſcripti non ſunt.* Quæ lectio eò videtur vero eſſe ſimilior, quòd Imp. in *princ. cap. 3.* non tantùm de exheredatione, ſed etiam de præteritione loquatur; ergo clauſula in fine poſita, ad omnia quoque præcedentia capitula referri debet *arg. l. 1. Cod. de lib. præterit. l. 30. §. f. ff. de leg. 1.* Quam lectionem quoque juvat, quòd idem Imp. in *cap. ſeq. 4.* ubi de teſtamentis liberorum, & eorum in prætereundis vel exheredandis parentibus jure agit, in fine non mentionem duntaxat exheredationis faciens, ſed generatim præcipiens ait, *ſi autem hæc obſervata non fuerint, nullam vim hujusmodi teſtamentum, quantum ad inſtitutionem heredum habere ſancimus*: cùm ergo non diſtinquat in liberis, cur eum diſtinguere voluiſſe dicamus in parentibus, cùm tamen in *princ. cap. 4.* diſertè expreſſerit, quæ de parentum teſtamentis ſtatuit, eadem ſe in liberorum teſtamento diſponere velle. Rectè ergo Irnerius & verbis & menti Legislatoris convenientiſſimè in *auth. ex cauſa Cod. de liber. præterit.* in utroque tam præteritionis, quàm exheredationis caſu teſtamentum quoad heredis inſtitutionem irritum fieri dixit.

30 Ad IV. reponimus, ejus nullam oſtendi poſſe implicantiam. Quid enim, ſi pater aut mater exprimat, filiô meô, etſi is ob hanc vel illam injuriam admiſſam meritò omnî lucrô privandus eſſet, lego centum, vel quia filius violentas mihi manus intulit, Sempronium inſtituo heredem &c. quid, inquam, hoc vi ſua & effectu aliud eſt dicere, quem velle filium exheredem; ad quod præſertim hodie verba ſolemnia non requiruntur, ſed talia ſufficiunt, quæ excluſionem ab hereditate deſignant *l. 3. Cod. de lib. præterit.* ubi cùm quis ita ſcripſiſſet, *filius meus alienus meæ ſubſtantiæ fiat*; reſpondit Imp. ex hujusmodi conceptione verborum non præteritum, ſed exheredatum intelligi: *cùm enim manifeſtiſſimus eſt ſenſus teſtatoris, verborum interpretatio nusquam tantùm valeat, ut melior ſenſus exiſtat.* Quamquàm non pauci DD. cum Stryck. cenſeant, præteritionem paternam, etſi maximè cauſa ingratitudinis inſer-

ta

ta ſit, pro exheredatione haberi non poſſe hoc effectu, ut præterito querelâ inofficioſi agere neceſſe ſit, id tamen minimè verum eſſe exiſtimo, tum quia ſic forma novellæ, quæ generaliter vetat liberos ſinè legitima cauſa præteriri vel exheredari, æquè obſervata eſt, tum quòd hæc præteritio manifeſtè mentem, filium ab hereditate ſua alienare volentis, involvat, adeóque effectu ipſo ſit exheredatio. Ad V. reſpondeo, Imp. verbîs uſum fuiſſe, utrique caſui, & querelæ nullitatis & inofficioſi convenientibus. Sed neque in jure noſtro peregrinum eſt, ut ea evacuari & reſcindi dicantur, quæ ſunt ipſo jure nulla, adeóque ab ipſa legis poteſtate reſciſſa *l. 43. §. 2. ff. de vulg. & pup. ſubſtit. §. 5. Inſt. quib. mod. teſtam. infirm. l. 5. Cod. de reſcind. vend.* Unde ad VI. conſtat, nos minimè ultrà caſus textum correctorium porrigere, ſed generalem corrigentis ſermonem ita exigente ratione generaliter interpretari.

Cùm ergo hodie liberîs præteritîs ſola heredis inſtitutio 32
corruat, dubium quorundam ſubnectimus, quo actionis genere legata &c. in hujusmodi caſibus petenda ſint? Quidam condictioni ex lege locum eſſe volunt; quia teſtamentum, quod caret heredis inſtitutione, ſubſiſtere non poteſt, nec conſequenter ex eo agi: unde potiùs ex lege, per quam hujusmodi legata ſuſtinentur, tanquam confirmante agendum. Alii ſimpliciter actionem ex teſtamento largiuntur; nam etſi quidem teſtamentum nullum ſinè heredis inſtitutione ordinariè intelligi poſſit §. 34. *Inſtit. de leg.* fallit tamen in caſu, quo ab ipſa lege, utì hìc fit, teſtamentum in reliquis articulis ſimpliciter ſuſtentatur tanquam, ùt Imp. in *fin. cap. 3.* loquitur, in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum. Neque id ſemper verum eſt, quòd ex confirmante, non confirmato agi poſſit: nam ſi pactum à lege firmatur, non ex lege, ſed ex pacto agitur. Deinde hæc ipſa actio, ſaltem utilis, etiam in caſu, quo legata ab inteſtato præſtanda ſunt, inſtitui poteſt; dum nempe legatarius ſe fundat in mera aditione, quaſi contractum conſtituente, & heredem obligante ad implendam defuncti voluntatem ſeu codicillis ſeu teſtamento expreſſam.

Quantum verò interſit, an ex teſtamento per hanc novellam Imperatoris conſtitutionem, an ab inteſtato duntaxat legata & fideicommiſſa per clauſulam codicillarem conſerventur? Faber in *Cod. lib. 6. tit. de codicill. defin. 9. & 10.* Stryck. de *caut. teſtam. cap. 19. §. ult.* ex eo apparere volunt, quòd, qui priùs ex teſtamento egit, poſteà variare, & ex codicillis quaſi ab inteſtato fideicommiſſum petere non poſſit, niſi ſit ex cognatis usque ad tertium gradum *l. ult. princ. & §. 2. Cod. de codicill.* At ſi is, qui heres inſtitutus fuit ex teſtamento, quod ex cauſa præteritionis vel exheredationis ruptum eſt; cùm hereditatem ex fideicommiſſo petere poſſit, inſtitutione per clauſulam codicillarem in cauſam fideicommiſſi converſa, adversùs legitimum heredem egerit, nec tamen directam hereditatem obtinuerit, non eò minùs fideicommiſſariam per clauſulam codicillarem inductam, velut alius quilibet fideicommiſſarius, cui expreſſis verbis fideicommiſſum eo teſtamento relictum eſt, petere, atque ita conſtitutionem *d. l. ult. §. 2.* eludere poterit; quamquam enim hoc caſu fideicommiſſum ex virtute clauſulæ codicillaris inducatur, non tamen illud ex codicillo, velut ab inteſtato petitur, ſed tanquam fideicommiſſum teſtamento relictum, quod hodie poſt *Nov. 115.* maximo teſtantium favore in caſum iniquæ præteritionis vel exheredationis, dempta ſaltem heredis inſtitutione, in reliquis omnibus aliis capitulis ſalvum manet: neque enim intelligi poteſt ratio, cur fideicommiſſum expreſsîs verbîs relictum magìs, quàm quod per clauſulam codicillarem inducitur; cùm & in hoc voluntas defuncti ſatìs declarata ſit, ſuſtineri, atque in ſuo vigore defendi debeat; cùm tamen clauſulam codicillarem, qui apponunt, ea id faciunt mente, quod vereantur, directam heredis inſtitutionem valere non poſſe, atque adeò hereditatem ad legitimos ab inteſtato ſucceſſores perventuram, à quibus non minùs, ac ſi hi in teſtamento inſtituti fuiſſent, vigore clauſulæ legatorum & fideicommiſſorum voluit fieri repetitionem.

Nec

Nec eſt, quod heres ab inteſtato veniens ex *d. l. ult. princ.* 33
fideicommiſſario objiciat, non licere ei, qui priùs hereditatem ex teſtamento petîit, poſteà variare, & fideicommiſſum perſequi ex codicillo, ſeu tanquam per clauſulam codicillarem confirmatum: neque enim ex hoc capite fideicommiſſarius id petit, ſed tanquam conſervatum ex lege, ſcilicet *Nov. 115.* quæ hactenus voluntatem defuncti, perinde ac ſi in hoc non reſciſſum foret teſtamentum, ſartam tectam tuetur: ut adeò hìc iidem prohibitæ variationis termini non occurrant; cùm ubique ex teſtamento agatur. Addit Faber, quamquam ſubobſcuriùs: quòd ſicut clauſula codicillaris, ſive flectat inſtitutionem in fideicommiſſum, ſive inducat tacitam repetitionem legatorum & fideicommiſſorum ab inteſtato, non facit, ne legitimus heres maneat is, cui deficiente cauſa teſtamenti, lex ab inteſtato detulit hereditatem; ita nihil prohibet, quin & heres ipſe teſtamento inſtitutus & alius fideicommiſſarius quilibet fideicommiſſum quandoque, dummodo intra trigeſimum annum petat ab eo, quem prius legitimum heredem agnovit; cùm hoc caſu variatio nulla ſit.

Atque hæc obſervatio eò magìs quibusdam videri poſ- 34
ſet recipienda, quòd viam monſtraret, eludendi duriſſimam conſtitutionem *d. l. ult.* in qua meritò, ùt Brunnem. ad eam conqueritur, accuratam juris rationem & amicam legibus ſimplicitatem deſideres *arg. l. 17. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. 19. ff. de inoff. teſtam.* Nec tamen ea res omnî ſcrupulô caret; tametſi enim hodie poſt *Nov.* ex codicillis ampliùs non agatur, negari tamen non poteſt, variationem hìc in effectu eandem contingere; cùm pro directa, fideicommiſſaria hereditas petitur, quod ipſum in *d. l. ult.* generalibûs verbîs prohibitum eſt. Et quia omnis correctio jurium odioſa, neque hactenus *d. l. ult.* diſpoſitio per *Nov. 115.* expreſsè abrogata, difficile dictu eſt, eandem ex ſola petendi formâ nunc mutatâ hodie deſiîſſe; maximè cùm videri poſſit, Imperatorem in *Nov. 115.* illa tantùm legatorum & fideicommiſſorum capita, quæ ex valore teſtamenti robur ſuum capiunt, adeóque

quæ corruente heredis inſtitutione aliàs interitura eſſent, velut ex teſtamento firma manere, non illa, quæ ex clauſula codicillari, velut repetita codicillis, atque in vim voluntatis ab inteſtato ſuſtentantur. Sed & non pauci ſunt, qui teſtamentô, ob cauſam præteritionis vel iniquæ exheredationis ruptô, negant hunc clauſulæ codicillari effectum conſtare, ut directam heredis inſtitutionem in fideicommiſſum inflectat, quorum fundamenta mox infrà liberaliùs attexemus.

35 Quænam verò, corruente ex præteritione vel iniqua exheredatione teſtamento, præter legata, fideicommiſſa, tutorum dationes adhuc ex reliquis teſtamenti capitibus ſalva perſtent, non una eſt DD. opinio. Et quidem præcipuè de eo lis intenditur, num vulgaris, utì & pupillaris ſubſtitutio, nec non legata ejusmodi præteritis vel exheredatis data ſubſiſtant? De vulgari ſatìs videtur eſſe expedita deciſio, eam ſcilicet minimè ſalvari; quia ſubſtitutio eſt ſecundi heredis directa & conditionalis inſtitutio: cùm ergo juxta *Nov. 115.* omnia alia in teſtamento contenta *præter inſtitutionem* conſerventur, ſequitur ejusmodi ſubſtitutionem conſiſtere non poſſe, eò magìs; quia ſubſtituto hujusmodi, in defectum inſtituti admiſſo, Novellæ diſpoſitio redderetur eluſoria, & filius præteritus adhuc permaneret excluſus, velut ſi pater dixerit: *ſi filius meus mihi heres non erit, Sempronius heres eſto*, quo in caſu filius eſt præteritus juxta notata ſub forma de liberis inſtituendi *num. 18* Si tamen filius vel vivo patre mortuus, vel poſtea abſtinuerit, ſubſtitutio conſervatur, non quidem ex beneficio *d. Nov.* ſed ex æquitate prætoria *l. 12. & l. 17. ff. de injuſt. rupt. & irrit.*

36 De conſervatione pupillaris, vel exemplaris non omnium concors eſt ſententia. Valere eam negant apud Manz. *tit. 9. q. 8. num. 31.* Card. Tuſch. *L. P. concluſ. 659. num. 5.* Covar. ad *cap. Raynutius §. 6. num. 3.* ex ratione, quòd 1. ſi patris teſtamentum non valeat, nec ſubſtitutio pupillaris tanquam pars & ſequela teſtamenti paterni queat conſiſtere §. 5. *Inſt. de pupill. ſubſtit. l. 2. §. 1. & 4. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* II. Simul ſta-

ſtare nequeunt ſucceſſio ab inteſtato, & pupillaris ſubſtitutio, ſed neceſſe eſt, ut, qui pupillariter vel exemplariter filio ſuo ſubſtituit, ipſe ſibi priùs faciat teſtamentum, atque ex eo adeatur patris hereditas *d. §. 5. d. l. 2. §. 1.* jam autem non videtur teſtamentum ſibi facere, qui tale facit, quod nullum declaratur. Et tametſi aliàs III. ſubſtitutio pupillaris dicatur pupillo favorabilis *l. 42. ff. de acquir. vel omitt. hered.* hoc tamen in caſu talis haberi nequit, utpote facta in diſpoſitione filiō injurioſa: nec eam hactenus benigna interpretatione adjuvari oportet, ſi fortè per eam pupilli mater, aliíque heredes legitimi per ſubſtitutum extraneum excludendi forent. Unde quod in *Nov. 115. cap. 3. in fin.* dicitur, ſolam evacuari inſtitutionem, aliîs capitulîs in ſalvo manentibus, de illis capitulis intelligendum eſt; quæ ſinè heredis inſtitutione poſſunt conſiſtere, non de his, quæ ad ſui valorem neceſſariò exigunt validum quoad heredis inſtitutionem teſtamentum.

Contra ſubſtitutionis pupillaris firmitatem tuentur. Jul. 37
Clar. *q. 54. num. 2.* Gomez *var reſol. tom. 1. cap. 3. num. 24.* Zoëſ. ad *tit. de vulg. & pupill. ſubſt. num. 60.* qui etiam hanc ſententiam magìs receptam teſtatur I. quod per eas nihil ſit peccatum in filium exheredatum vel præteritum, in cujus tendunt proviſionem; ut conſequenter nulla proferri poſſit ratio, cur eam à valore eorum, quæ reſciſſa heredis inſtitutione in *d. Nov.* ſalva manere dicuntur, excipias: quoniam ùt ait Paulus in *l. 38. §. ult. de vulg. & pupill. ſubſt.* ſubſtitutio & pupillares tabulæ pars ſunt prioris teſtamenti, ut adeò cæterîs, quæ in eodem teſtamento relicta ſunt, confirmatîs, putà legatis & libertatibus, pupillarem quoque ſubſtitutionem confirmari oporteat. Ad hæc II. videri non poteſt, cur magìs fideicommiſſum eo teſtamento relictum, per quod præterito filio aliquid decedit, quàm ſubſtitutio pupillaris, per quam ei nihil adimitur, valere debeat? Quo III. facit *l. 34. in fin. l. 35. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* ubi, obtenta contra tabulas bonorum poſſeſſione; cùm per eam non in ſolidum teſtamentum reſcindatur, ſed relicta in eo legata liberis ac parentibus de-

debeantur *tot. tit. ff. de legat. præſtand. contra tab. bon. poſſeſſ. pet.* ſubſtitutio quoque pupillaris valere dicitur: cùm ergo teſtamentum poſt *Nov. 115.* eandem circa legata & fideicommiſſa exitum habeat, parem quoque effectum circa pupillares tabulas obtinere debet. Dein IV. ſi juxta communiſſimam ſententiam, eversô per querelam teſtamentô, nihilominùs ſubſtitutio, exheredatô pupillô facta, per *Nov.* ſuſtinetur, cur non idem admittamus in caſu filii præteriti; cùm longè minor ei injuria inferatur, ſi fortè is ſub conditione poſitus, atque ita ex mente teſtatoris ad hereditatem vocatus, quam ſi decretoriè verbísque apertîs ab hereditate iniquè excluſus ſit.

38 Unde facilè contrariis ſatisfieri poteſt, ad I. dicendô, quòd etſi quidem jure veteri, ſi vel ob præteritionem patris voluntas injuſta, vel propter capitis diminutionem irrita, aut per agnationem poſthumi rupta, vel per querelam inofficioſi reſciſſa, aut alio quocunque modo everſa fuerit, tabulæ quoque pupillares indiſtinctè, nullius momenti haberentur *d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. lib. 16. in fin. l. 26. l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. ſubſt. l. 8. §. 5. ff. de inoff. teſtam.* id tamen quoad caſum iniquæ exheredationis vel præteritionis hodie per *Nov. 115.* correctum, atque ſancitum eſt, ut impoſterum ſola heredis inſtitutio, per quam in præteritum vel exheredatum peccatum eſt, cæterîs in ſua firmitate manentibûs, corruat. Ad II. id paradoxum non videri; cùm jam olim, ſi omiſsâ causâ teſtamenti ab inteſtato hereditas poſſeſſa fuerit, ſuus ſervabatur pupillo ſubſtitutus *d. l. 2. §. 1. in fin.* Dein etſi quidem in caſu *d. Nov.* ab inteſtato ſuccedatur, cætera tamen omnia, unam ſi excipias heredis inſtitutionem, perinde ex teſtamento vigorem ſuum retinent, ac ſi illud in his non fuiſſet reſciſſum. Ad III. injuria per exheredationem filii illata in tantum per Novellam corrigitur, in quantum per alterius heredis inſtitutionem adversùs eum iniquitatem continet: cùm ergo pupillaris ſubſtitutio magìs ejus favorem ſpectet, ea non videbatur Imperatori ſubvertenda. Et tametſi adversùs tertium,

qui

qui filii ab inteſtato hereditatem exſpectat, rigidum jus duritiémque contineat; quia tamen ea facultas, legitimos pupilli heredes excludendi, patriæ poteſtati inter cæteras prærogativas tributa eſt, tanti non videri poteſt ea reputatio, ut propterea caſum hìc à lege, quæ generaliter omnia teſtamenti capitula in ſua firmitate manere diſpoſuit, exceptum ſtatuamus *arg. l. 8. ff. de publ. in rem act. l. 12. §. 1. ff. qui & à quib. manumiſſ.* Denique ad id, quod ſubjicitur, illa tantùm poſt *Nov. 115.* valere, quæ non neceſſariò, utì pupillaris ſubſtitutio, ab heredis inſtitutione dependent, atque ſinè ea quoque poſſunt conſiſtere; reſpondeo, ad valorem tabularum pupillarium ſatìs eſſe, quòd hodie, corruente ut ut heredis inſtitutione, nihilominùs quoad cætera teſtamentum ex ſpecialis legis aſſiſtentia & conceſsô præter ordinem teſtatoribus privilegiô ſuſtineatur, ut adeò non magìs mirandum ſit, pupillo ſuas ſervari tabulas, quam datum ei tutorem, qui & ipſe non aliter olim validè datus cenſebatur, quàm ſi teſtamentô validô, aut codicillîs teſtamentô firmatîs adſcriptus eſſet *l. 3. ff. de teſtam. tut. l. 1. §. 1. ff. de conf. tut.*

Sed num etiam legatum filio præterito vel exheredato 39
relictum, ſi hic ſubverſô teſtamentô hereditatem ab inteſtato capiat, per Novellam conſervetur? à non paucis diſceptatum eſt. Ut huic quæſito locus ſit, non unus, ſed plures filii ſupponendi ſunt, qui contendunt, an legatum in hereditate ſubſederit, adeóque inter eos, ceu pars hereditatis, æquîs portionibûs dividendum ſit? num contra filius præteritus, cui id à patre relictum eſt, præ altero ab inteſtato coherede id præcipuum habere debeat? filius enim præteritus, ſi ſolus ab inteſtato heres exiſtat, rem quidem legatam capiet, non tamen jure legati, ſed hereditario *l. 76. in fin. ff. ad L. Falcid.* Hoc igitur ſuppoſito quidam inter præteritum ac exheredatum diſcrimen faciunt, ac præterito quidem ſuum ſervari legatum, exheredato verò id adimendum eſſe contendunt, ex ratione, quod, qui teſtamentum tanquam inofficioſum impugnat, legatum ſibi in eo relictum amittat *l. 8. §. 14. ff. de inoff.*

inoff. teſtam. quod ei velut indigno aufertur *l. 5. §. 14. ff. de his, quæ ùt indig. auf.* ecòntrà præteritus, dum teſtamentum nullitatis arguit, in effectu aliud non dicit, quàm patrem matrémve ab inteſtato deceſſiſſe, ac teſtamentum eos nullum feciſſe, unde privari non debet in eo ſibi relictis, quæ valere poſſunt. Sed diſtinctionem hanc minimè conſiſtere poſſe, ex eo conficitur, quod, qui per querelam olim obtinuit, tantùm abeſt, ut legatîs ſibi relictîs exciderit, ut quibuscunque etiam, quæ aliis legata ſunt, corruentibus univerſam evicerit hereditatem *l. 13. ff. de inoff. teſt.* eo ſolùm caſu legatô ſibi adſcriptô privatus, quo temerè querelam moviſſe deprehenſus eſt *d. l. 8. §. 14.* Et quia hodie poſt *Nov. 115.* nullam inter exheredatum & præteritum quoad effectum reſcindendi teſtamenti differentiam agnoſcimus, conſequens eſt, nullum quoque hìc diſcrimen inter eos admitti poſſe; Prætereà, quòd tam unâ quàm alterâ viâ judicium patris impugnetur.

40 Veriùs igitur eſt, utroque caſu filio tam præterito, quàm exheredato, teſtamentum patris impugnanti, legatum relictum non deberi per *l. 5. §. 2. ff. de legat. præſtand.* ubi Ulpianus ait, omnibus liberis præſtari legata, Prætorem voluiſſe, exceptîs hîs, quibus bonorum poſſeſſionem dedit; atqui bonorum poſſeſſionem dedit etiam præteritis *l. 4. Cod. de liber. præterit;* ergo. Et addit JCtus, conſtituere apud ſe debere filium, utrum velit bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, an verò legatum perſequi; ſi elegerit contra tabulas, non habiturum legatum, ſi legatum petiêrit, bonorum poſſeſſionem petere non poſſe. Quibus accedit, quòd etſi heres à coherede legatum accipere poſſit *l. 74. & l. 91. ff. ad L. Falcid.* tamen cùm hoc in caſu filius coheres datus non ſit, ſed præteritus vel exheredatus fuerit, ideò ab altero prælegatum in ſolidum petere nequit *arg. l. pen. ff. de jur. codicill. l. 77. §. 29. ff. de leg. 2.*

41 Sed, quid ſi heres in re certa inſtitutus ſit, num & hujus inſtitutio, teſtamentô ob præteritionem vel exheredationem ſubverſô, vitiatur? Communis reſponſio eſt, eam, in quan-

quantum habet vim legati, videlicet, ſi alius huic coheres univerſalis adjunctus fuerit, non vitiari *l. 13. Cod. de hered. inſt.* Secùs ſi vim habeat inſtitututionis, veluti, ſi alius ei univerſorum bonorum coheres datus non fuiſſet, quo caſu detracta rei ſingularis mentione pro herede univerſali habetur *l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. l. 10. & 11. ff. de hered. inſtit.* quamquam Jul. Clarus *§. teſtamentum q. 53. num. 1.* putet, poſteriori in caſu heredem ſaltem illam rem habiturum, in qua fuerat inſtitutus, illis autem ſolùm cariturum, quæ ei ex reliqua hereditate, per jus accreſcendi accederent; quod tamen ob diſpoſitionem juris civilis, quod non patitur teſtatorem partim pro teſtato, partim pro inteſtato decedere *l. 7. ff. de R. J.* adeóque inſtitutionem, in re certa à pagano factam, effectu juris pro univerſæ hereditatis datione interpretatur, vix probari poteſt, niſi fortè tam obnixa teſtatoris in hujusmodi teſtamento mens appareat, ut, cùm heredem in re certa ſcriptum plus illâ capere vetuiſſet, inde animus fideicommittentis, reliquámque hereditatem ad heredes ab inteſtato pervenire volentis, conjici poſſit, quam in rem exempla dabunt *l. 69. princ. ff. de leg. 2. l. 29. ff. ad SCtum Trebell.*

Non infrequens eſt, parentes vano rumore perſuaſos, 42
liberos ſuos è vita ſubtractos credere, adeóque eos teſtamento ſuo præterire, quos vel maximè heredes ſibi futuros optâſſent; ambigis, quid de valore hujus teſtamenti ſentiendum? Reſp. id quoque nullius eſſe momenti *l. 29. ff. de manumiſſ. teſt. l. 7. l. 36. §. 2. ff. l. 9. & 10. Cod. de teſt. milit.* adeóque filium hereditatem patris ab inteſtato vindicaturum. Quod quidem DD. apud Mant. de *conject. ult. vol. lib. 4. tit. 2.* Gail. *l. 2. obſ. 113. num. 8.* eò ampliant, ut nec ſub generali locutione, qua alios fortè liberos pater inſtituit, hic talis filius, quem teſtator ſe habere ignoravit, comprehendatur *arg. l. 16. §. 3. ff. de teſt. tut.* ubi ſi quis, cùm ignoraret, ſe Titium filium habere, filiis ſuis tutores dederit, iis ſolis dediſſe videtur, quos ſe in poteſtate habere ſcit, non etiam ei, quem ſe habere ignoravit; quoniam de ipſo ſenſiſſe non videtur. II. Quòd ex conjectura ne-

mo ſcriptus heres intelligatur ; quandoquidem heredis inſtitutio palam verbis exprimi debet *l. 21. ff. & l. 29. Cod. de teſtam.* III. Quòd actus agentium non debeant operari ultrà eorum intentionem *l. 19. ff. de R. C.* igitur nec inſtitutio ad eum extendi poteſt, de quo manifeſtum eſt, teſtatorem non ſenſiſſe.

43 Contrariam tamen cum eisdem citatis Authoribus meritò præferimus, in quam adducti ſumus, I. per *l. 3. Cod. de inoff. teſt.* ubi cùm mater, duobûs filiîs, quos habuit, inſtitutîs, poſteà in puerperio tertii deceſſit, nec ſpatium mutandi teſtamenti habuit, tertius ex conjectura voluntatis maternæ & mente Imp. pro inſtituto habendus dicitur ; ne alioquin, ſi præteritus intelligatur, teſtamentum rumpatur per querelam ; ut multò magìs in caſu noſtro, quo teſtator non nominatim, aut expreſsô numerô, ſed generaliter filios ſuos heredes ſcripſit, inſtitutio ad filium, quem ſe habere ignoravit, trahenda ſit ; quòd is non ſolùm conjecturâ voluntatis paternæ, ſed & verbis comprehendatur *d. l. 16.* ibi : *licèt nomen filiorum admittit, & ipſum.* Ad hæc II. durum foret, ut pater, cui nulla culpa imputari poteſt, pœnam præteritionis patiatur in filio, quem maximè heredem ſuum cupiviſſet *arg. l. ult. ff. de hered. inſtit.* Denique in dubio ea ſemper ſententia amplectenda, quæ teſtamento favet *l. 10. ff. de inoff. teſt.*

44 Ad contraria & quidem ad I. reſponderi poteſt, quòd, quia pater liberis ſuis tutorem aliter, quàm teſtamento, aut codicillîs teſtamento confirmatîs, dare nequit *l. 3. ff. de teſt. tut. l. 1. §. 1. ff. de confir. tut.* magìs ex hoc textu pro ſententia noſtra inferatur, filium ſub generali liberorum inſtitutione comprehenſum ; alioquin nullum foret teſtamentum, & datio tutelæ quoad alios etiam filios inutilis. Præterea non eſt eadem ratio extendendi tutelam ad filium incognitum, quæ eſt ad ejusdem inſtitutionem : ex illius enim reſtrictione nullum ſequitur detrimentum : non enim vitiatur alîorum liberorum tutela, teſtamentum non rumpitur, & huic, quem teſtator ſe habere ignoravit, facilè alius à Magiſtratu conſti-

tui

tui tutor poteſt, fortè rem pupilli hujus meliùs geſturus, quàm is à patre teſtamentô datus, & aliorum liberorum gravî curâ diſtentus; ut proinde hactenus nihil impediat, rem ſecundùm jus commune definire, quo tutor ei datus non videtur, quem ſe habere teſtator ignorabat. At in caſu noſtro maximum ex præteritione filii ſequitur præjudicium, ſcilicet ſubverſio teſtamenti, quo filius non ex maligno animo aut lædendi propoſito, ſed ſolâ facti probabilis ignorantiâ præteritus eſt, atque ita teſtator pœnam quandam ſuſtineret, qui nihil contra pietatis officia molitus, filium, quem ignorabat, maximè ſibi heredem optâſſet, atque ita etiam inſtitutionis formulam concepit, ut ſub ea filium quemcunque ſibi ſuperſtitem comprehendiſſe videatur: unde favore teſtatoris ex ejus mente hic quoque filius heres inſtitutus intelligitur. Ad II. equidem verum eſt, ſolam conjecturam hominis non ſufficere; ut quis ex præſumpta mente teſtatoris dicatur inſtitutus; at verò potentior eſt præſumptio legis, quæ expreſsè favore ultimarum voluntatum ex veroſimili voluntate teſtatoris filium in hoc caſu haberi voluit pro inſtituto *l. 3. Cod. de inoff. teſt.* Ad III. dici poteſt, quòd, tametſi hìc ob ignorantiam teſtatoris deficiat inſtituendi intentio ſpecialis & expreſſa, non tamen deſit generalis ac tacita; quia veroſimile eſt, patrem filium hunc, ſi eum non ignorâſſet, omnino fuiſſe inſtituturum.

Filiô autem ſuô, qui ignorabatur, præteritô teſtamen- 45
tum adeò corruit, ut & legata & libertates teſtamento datæ, niſi ex tempore manumiſſionis quinquennium effluxerit, irritæ atque nullius momenti eſſe pronuncientur in *l. 29. ff. de manum. teſt.* ídque non in patre tantùm reſpectu filii, quem in poteſtate habuit, de quo *d. l. 29. & l. 9.* conceptæ ſunt, ſed etiam poſt *Nov. 115. cap. 3.* reſpectu emancipati, quin & in matre, filium ſuum per ignorantiam prætervehente procedit: quod enim in *l. 27. §. fin. ff. de inoff. teſt.* dicitur: *de teſtamento matris, quæ exiſtimans perîiſſe filium, alium heredem inſtituit, de inofficioſo queri poſſe,* id de jure veteri, quo materna præteritio pro

exheredatione erat §. *ult. Inſt. de exhered. liber.* exaudiendum eſt: & jam olim hìc filius ex decreto *Hadriani* citra inofficioſi querelam rectâ viâ ad hereditatem admiſſus erat *l. 28. ff. eod.* ita tamen, ut libertates & legata teſtamento adſcripta præſtarentur. De cujus legis intellectu paulò infrà uberior ſermo occurret. Atque de hoc ſatis inter DD. convenit, ſi unus hìc ſilentiô prætervectus patri vel matri filius extiterit, & in ejus locum extraneus heres ſuffectus fuerit, adeò ùt quod DD. apud Gail. *lib. 2. obſerv. 113. num. 3.* notant, hoc teſtamentum ne quidem ex ratihabitione filii convaleſcat; tum quia non tantùm ex defectu formæ, ſeu ob cauſam præteritionis nullum eſt, ſed etiam ob defectum voluntatis: neque filius approbatione ſua efficere poteſt, ut inſtitutus dicatur habuiſſe voluntatem defuncti, ſinè qua nemo ex teſtamento hereditatem capere poteſt *arg. l. fin. ff. de hered. inſtit.* Quamquam utique nihil impediat, quo minùs filius hereditatem, velut ſibi quæſitam, inſtituto cedere valeat, ut hic jam eam ex beneficio donantis filii, non ex voluntate defuncti obtineat.

46 Quòd ſi verò parentes inſuper alios liberos reliquerint, eósque teſtamento heredes ſcripſerint, atque in ea hærentes ignorantia in fata conceſſerint, teſtamentum eorum per filii, qui mortuus credebatur, præteritionem non corruit, ſed præteritus ex conjectura voluntatis teſtantium ad portionem virilem hereditatis perinde admittitur, atque ſi in eo cum cæteris fuiſſet inſtitutus heres *l. 3. Cod. de inoff. teſt.* Qui textus, etſi de præteritione materna conceptus ſit, quæ ex rationejuris antiqui, utì diximus, teſtamentum ipſo jure non infregit, quo minùs tamen id quoque in patre admittamus, nulla diverſitatis ratio, præſertim poſt *Novell. 115.* poſtquam inter paternum maternúmque teſtamentum ratione præteritionis aut exheredationis nihil ampliùs intereſt, proferri poteſt; cùm non minùs in patrem quam matrem quadret ratio *d. l. 3.* quod nempe *repentini caſus iniquitas per conjecturam maternæ pietatis emendanda ſit, & ob id filio, cui nihil præter maternum fatum* (vel ignorantiam) *imputari potuit, perinde virilis portio tribuenda*

da ſit, ac ſi omnes filios heredes inſtituiſſet. Brunnem. ad *l. 3. n. 3.* Mantic. de *conject. ult. volunt. l. 4. tit. 2. num. 5. & ſeqq.* Voët ad *Pandect. tit. de inoff. teſtam num. 17.* Quæ legis deciſio eò à DD. apud Brunnem. *d. loc.* ampliatur, ut etiam locum habeat, tametſi alii liberi partibus inæqualibus fuiſſent inſtituti, ita ut præteritus nihilominus virilem pro numero aliorum liberorum portionem capiat Vasq. *part. 1. lib. 2. controv. illuſt. num. 6.*

Quod de filiis jam natis, eísque per errorem teſtamento 47
omiſſis, diximus, idem quoque de poſthumo (nam & de illo hoc loco dicere argumenti ſuadet continentia) procedit, ſi vel tempore, quo ſuprema condiderunt, ignorârunt eum in utero eſſe, vel poſt conditum teſtamentum eum quidem naſciturum ſperantes, id tamen fortè ob incertitudinem partûs (dum monſtrum naſci, vel abortus fieri poteſt) mutare, poſthumúmque adſcribere diſtulerint, eodem autem edito repentinè rebus humanis exempti fuerint: neque enim fatô adeò præcipiti ſe obrui poſſe cogitantes, præſumuntur, expectare voluiſſe partum, & tunc corrigere teſtamentum, ac poſthumum, de quo nulla eis tempore conditi teſtamenti ſcientia, inſtituere. Quòd ſi enim aut pater aut mater aliquamdiu poſt ejus partum ſupervixerit, atque cùm mutare teſtamentum potuiſſet, hoc facere neglexerit, illius teſtamentum ruptum, hujus olim per querelam evertendum erat *d. l. 3.* quod etiam in materno teſtamento tum obtinuit, ſi non liberi, ſed extranei, filiô præteritô, heredes ſcripti fuiſſent, ita ut filius hoc caſu non virilem duntaxat, ſed totam hereditatem per querelam, hodie remedio nullitatis conſequeretur Brunnem. ad *l. 3.*

Quòd ſi parentes, perlatô de morte liberorum ſuorum 48
nunciô decepti, priorem voluntatem, in gratiam liberorum conditam, mutaverint, poſterioríque teſtamento alios ſcripſerint heredes, filius ex priore teſtamento, quaſi id per poſterius, ex falſa cauſa & velut ſub conditione factum, ruptum non fuiſſet, patri ſuccedit *arg. l. ult. ff. de hered. inſtit.* Voët. ad *tit. de injuſt. &c. n. 7.* Neque tantùm, ùt ait Schilter. *Exerc.*

ad

ad Pandect. 38. §. 92. in heredibus priori teſtamento ſcriptis, ſed etiam aliis ab inteſtato venientibus hoc jure utimur; ut ſi quispiam errore ductus, fratrem vitâ defunctum, exiſtimaverit, proptereáque in teſtamento ſuo ita diſpoſuerit; cùm frater meus jam deceſſerit, Titium heredem facio: cùm enim ex præſuppoſito, quod falſum fuiſſe poſteà apparet, teſtator extraneum heredem inſtituerit, conſequens eſt, eum ob erroneam defuncti voluntatem inſtitutum non eſſe, ſed magis fratrem ex mente teſtatoris pro herede inſtituto, poſteriori verò teſtamento ſcriptum pro ſubſtituto habendum Stryck. de *caut. teſtam. cap. 24. §. 33.* cum ibidem allegatis. Et generaliter à DD. pro regula traditur, toties prius teſtamentum conſervari, quoties poſterius ex falſa cauſa finali, quæ regulariter ex proœmio colligenda eſt *arg. l. ult. ff. de hered. inſtit.* conditum fuiſſe conſtat, velut ſi teſtator ideò priorem voluntatem mutaverit, quòd putet heredem poſteriori teſtamento adſcriptum ſibi fraternitate vel conſanguinitate junctum eſſe *l. 4. & l. 7. C. de hered. inſtit.* Menoch. *lib. 4. præſumpt. 24. num. 5.* Richter. *vol. 2. conſ. 294.* Stryck. *cit. loc. §. 34.*

49 Sed quid in hoc, tum & priori ſpecie de legatorum valore ſentiendum? Rurſus hìc caſus, quo legata ab extraneo, qui in locum filii, mortui per errorem crediti, heres ſurrogatus eſt, ab eo ſecernendus, quo illa fuerunt ab aliis liberis, teſtamento inſtitutis, relicta. Priore caſu teſtamentum usque adeò corruit, ut nec legata, nec quidem piæ cauſæ relicta debeantur, exceptís fortè minutis quibusdam arbitrio judicis, quæ etiam ab inſtitutis liberis per parentes relinqui, frequens ac vulgatum eſt, item iis, quæ ad exonerationem conſcientiæ, fortè in compenſationem iniquè ablatorum legantur Gail. *l. 2. obſ. 113. num. 5.* Fachin. *controv. l. 4. cap. 14.* Voët. ad *Pandect. tit. de inoff. teſtam. num. 17.* Bachov. *diſp. 13. theſ. 10. lit. G.* Manz. de *teſtam. valid. tit. 9. num. 62. & ſeqq.* Probatur id I. authoritate clariſſimorum textuum in *l. 35. §. 2. ff. l. 9. & 10. Cod. de teſt. milit.* quibus teſtamentum, etiam militari privilegio conditum, ob præteritionem liberorum, quos in utero, vel

in

in rerum natura eſſe ignorabant, adeò invalidum pronunciatur, ut nec legata eo data præſtarentur. Quò facit II. *l. 77. §. 29. ff. de leg. 2.* ubi cùm defunctus putâſſet, ad conſobrinam ſolam bona perventura, eáque ad aliam quoque jure ſucceſſionis devoluta eſſent, fideicommiſſa à priori codicillis relicta ſaltem pro parte præſtari dicuntur: ſi ergo ille, qui partem aufert, in partem intercidere fideicommiſſa facit, ſi tempore codicillorum ſcriptorum de eo non fuit cogitatum, etiam poſthumo nato poſt teſtamentum conditum, quem in utero eſſe ignorabat teſtator, vel filiô, qui credebatur mortuus, rurſus detectô & ſolidum auferente nulla omnino fideicommiſſa præſtabuntur. Tum quia III. non poteſt videri ullô gravatus fideicommiſsô ſive legato is, de quo, cùm ſuprema ordinarentur, ne cogitavit quidem teſtator *l. 11. & 13. princ. l. pen. ff. de jur. codicill.*

Ad hæc IV. ſi expreſſum fideicommiſſum à filio relictum evaneſcit ob liberos poſteà ex filio gravato natos, tametſi nulla liberorum fuiſſet facta mentio *l. 6. Cod. de inſtit. & ſubſtit. l. 30. Cod. de fideicom. l. 102. ff. de cond. & demonſt. l. 85. in fin. ff. de hered. inſtit. l. 13. §. ult. ff. de reb. dubiis.* quoniam ex paternæ pietatis conjectura præſumitur, teſtatorem, ſi de liberis cogitâſſet, propriam progeniem extraneis non fuiſſe poſthabiturum; multò magis in præſenti caſu præſumendum, teſtatorem, ſi filium adhuc vivere, vel poſthumum ſibi naſciturum ſciviſſet, eum fideicommiſſo vel legatis minimè fuiſſe gravaturum. Denique V. conſtat, donationem ab eo factam, qui liberos non habebat, in totum infirmari propter liberos poſteà ſuſceptos *l. 8. Cod. de revocand. donat.* etſi illa utriusque voluntate nitatur *l. 1. ff. de donat.* ergo multô magis revocata intelligi debent legata & fideicommiſſa, quæ, quia ab unius teſtatoris voluntate pendent, infirmiora ſunt, ac ad nutum, & quamlibet contrariæ voluntatis conjecturam deſitura *l. 18. ff. de leg. 3. l. 3. in fin. & l. 4. ff. de adimend. legat.* Atque de hoc caſu accipiendum eſt, quod dicitur, ſoluta legata condici poſſe, ſi nova & inopinata cauſa hereditatem ab-

ſtulit, velutinatô poſthumô, quem teſtator in utero eſſe ignorabat, vel etiam ab hoſtibus reversô filiô, quem pater obiiſſe falsò præſumpſerat.

51 Atque hæc aſſertio etiam procedit, tametſi hoc teſtamentum clauſula codicillari munitum ſit: hac enim clauſula ſaltem ſuſtinentur teſtamenta imperfecta ratione ſolennitatis, non etiam quæ laborant voluntatis defectu. Dein clauſula codicillaris ſaltem vim codicilli ab inteſtato obtinet; atqui quæ in hoc codicillo relinquuntur, non onerant eos, de quorum vita teſtator non ſperavit *d. l. 11. & 19. ff. de jur. codicill.* Neque obſtat *l. 3. §. 2. ff. eod.* ubi ſi quis poſt codicillos factos ſuus agnaſcatur heres, fideicommiſſum ab eo præſtari debere dicitur. Sed reſpondetur, hoc verum eſſe, ſi liqueat parentem de poſthumo cogitâſſe, ac conſequenter ejus quoque fidei commiſiſſe, ut aliis hereditatem reſtituat Voët. *d. loc.* Fachin. *d. l. 4. cap. 12.* Gail. *l. 2. obſerv. 114. num. 8. & ſeqq.* ubi hanc pronunciat ſententiam æquitati & juri magis conſentaneam, à qua in judicando non recedendum: niſi fortè ex clauſula tam prægnantibus verbis concepta de contraria teſtatoris voluntate apparere poſſit, ùt idem limitat Gail. *num. 9. d. l. 3. princ. & §. 1.*

52 At inquies, teſtatorem ſaltem in genere cogitâſſe de caſu, quo teſtamentum poſthumi nativitate rumpi poſſet, in eúmque eventum ſupremam voluntatem ſuam clauſula codicillari muniîſſe. Sed út idem eleganter animadvertit, *cit.* Fachin. quis erit tam durus voluntatis paternæ interpres, qui eam in alios magís, quám in proprium ſanguinem propenſuram exiſtimare velit. Et quomodo de poſthumo aut filio ſuperſtite excludendo cogitâſſe potuit, quem ignorabat, atque etiam deſperabat, ſe heredem habere poſſe. Suus igitur effectus clauſulæ codicillari adversùs alios heredes legitimos conſtet; at ei nullus eſſe poteſt ad excludendam propriam ſobolem, cui lex ex communi parentum voto, conjecturâ longè fortiorî, cui altera generalis ex clauſula deprompta meritò cedere debet, hereditatem præ extraneis addi-

dicit *arg. l. 13. in fin. ff. de reb. dubiis.* Stryck. de *clauſ. codicill. num. 89.*

Oppones porro cum Brunnem. ad *l. 28. ff. de inoff. teſt.* & 53 aliis apud Fachin. *cit. loc.* I. Quòd parens filium ſuum ignoranter præteriens minùs peccet, quàm qui ſcienter; cùm itaque hoc in caſu legata firma maneant *auth. ex cauſa Cod. de lib. præter. Nov. 115. cap. 3.* multò magis id in caſu priore dicendum. II. In *l. fin. ff. de hered. inſtit.* legata poſteriori teſtamento relicta jubentur ab eo præſtari, qui priore heres ſcriptus per errorem mortuus credebatur. Denique III. id manifeſtè ſancitum in *l. 28. ff. de inoff. teſt.* ubi filius per errorem præteritus ad ſucceſſionem matris, ſalvîs tamen legatîs & libertatibûs, admittitur.

Nam ad I. reſpondetur, nos in præſenti caſu legatorum 54
interitum non ex eo defendere; quia per præteritionem injutia filio illata, aut quia teſtamentum eſt irritum, ſed quia, dum pater filium ſibi naſciturum ignoravit, deficit conjectura voluntatis paternæ, quod eum quoque, quem in dubio ante omnes extraneos pro pietatis affectu dilexiſſe præſumitur, legatis iisdem fuiſſet oneraturus, quæ ab extraneo herede ſcripto in defectu & deſperatione propriæ ſobolis reliquerat. Ad II. dico *d. l. ult. ff.* non de filio teſtatoris, ut malè explicat Zoëſ. ad *digeſt. tit. de inoff. teſt. num. 37.* ſed de extraneo inſtituto, & per errorem pro mortuo habito loqui, in quo non militant ſuperiores rationes, adeóque in hoc regula obtinet, quód falſa cauſa legato non noceat *§. 31. Inſt. de legat. l. 17. §. 2. ff. de C. & D.* Ad III. fatemur, *d. l. 28.* prima fronte obiter inſpectam vehementer nobis obſiſtere, & vix non cum *l. 3. in fin. Cod. eod.* manifeſtè pugnam committere: ſed ut id ne fiat, præprimis laborandum eſt, ut genuina ejus ſpecies intelligatur. Voët. *cit. loc.* eum contendit *d. l. 28.* decidi caſum, quo mater, poſtquam *filium falsò audiſſet deceſſiſſe, teſtamento heredes alios* (non extraneos, ùt ille interpretatur, ſed filios, quos præter filium militem habebat) *inſtituiſſet;* tum enim ex Imperatoris decreto hereditas ad filium pertinebit, id eſt,

non tantùm ad reliquos inſtitutos, ſed etiam ad filium illum, opinione falſa pro mortuo habitum; ita ut ille reliquis fratribus inſtitutis accreſcat, virilem partem laturus, quemadmodum ſi & ipſe cum cæteris fuiſſet inſtitutus heres: & quoniam hac ratione teſtamentum per querelam non reſcindebatur, congruum rationi juris erat, ut & *libertates & legata præſtarentur. Hic adnotatum, quod de libertatibus & legatis adjicitur*, videlicet ut quid ſingulare, ex ratione, quòd hæc præteritio non ex maligno conſilio proficiſceretur, ſed à ſolo facti errore ſatìs excuſando. Et quoniam mater à reliquis filiis, quos inſtituit, legata dereliquit, præſumptio hìc illa, ùt in priori caſu, capi non poteſt, quòd non etiam filium illum, quem mortuum credebat, fuiſſet pariter iîsdem legatîs gravatura; ut proinde æquum fuerit, parci teſtamento materno, tanquam injuriam nullam continenti, & ſubmotâ ab eodem inofficioſi querelâ (*nam cùm inofficioſum teſtamentum arguitur, nihil ex eo teſtamento valet*) eidem plenum effectum attribui, perindéque filium haberi, ac ſi & alter filius in eo fuiſſet pariter cum fratribus ſuis inſtitutus. Ita explicatus Paulus non pugnabit cum Papiniano, legatorum ſolutorum, tanquam indebitorum condictionem dante *l. 3. & 5. ff. de condict. indeb.* atque optimè cum reſcripto Imperatorum in *d. l. 3. Cod. de inoff. teſt.* qui in fine eo ſolùm in caſu querelam præterito impertiuntur, ſi non alii ejusdem fratris, ſed extranei heredes ſcripti fuerint, cohærebit.

55 Quod ſi hæc Voëtii hujus legis explicatio tibi plana, nullámque violentiam verbis inferre videatur, per me licet, eandem adoptes, atque ita omnium ſuaviſſimè ex hac difficultate elucteris. Sed vereor, ne in *d. l. 28.* per *alios heredes* magìs eos intellexerit JCtus, quos mater falsò mortis rumore decepta, inſtituit, id eſt, extraneos. Idque non leviter ſuadet, quod in *fin. d. l. 28.* dicitur, nihil ex eo teſtamento valiturum, ſi filio præterito eo in caſu querela inofficioſi fuiſſet experiundum: nam ſi non extraneos, ſed teſtatricis filios alios inſtitutos ſupponas, teſtamentum per querelam unius præteriti

non

non in totum, ſed pro ea ſaltem parte ſubverteretur, quam præteritus ab inteſtato laturus erat *l. 18. princ. l. 19. ff. de inoff. teſtam.*

Bachovii *d. diſp. 13. theſ. 10. L. G. circa finem* hæc ad *l. 28.* 56
reſponſio eſt, quòd, tametſi ex ea lege filium, veluti ex conjectura maternæ voluntatis heredem teſtamento inſtitutum, ſtricto jure ad legatorum præſtationem obligatum eſſe dicamus, is tamen exceptione doli defendendus ſit, qua excluditur omnis, qui contra præſumptam etiam teſtatoris voluntatem quid petit *l. 4. §. 10. ff. de teſt. milit. l. 28. ff. de mort. cauſ. donat.* Eſt autem hæc maternæ voluntatis perpetua præſumptio, quòd filium, procul dubio dilectiſſimum, legatîs non fuiſſet gravatura, ſi eum adhuc vivere ſciviſſet. Verùm neque hanc explicationem textus videtur admittere; præterquam enim, quod veroſimile non ſit, Imperatorem quidquam ſummo jure decreturum, quod mox ex æquitatis ratione per oppoſitam doli exceptionem ſubverti poſſet, tum etiam ex ipſa lege apparet, tanquam ſpeciale aliquid, ac prorſus ſingulare adnotatum fuiſſe, quod hoc in caſu libertates & legata debeantur.

Hujus ergo ſingularitatis ratio aliunde petenda. Diu 57
nobis hærentibus duo occurrebant, quibus difficultatem hanc ſuperari poſſe credebamus. Primum eſt, quod hìc videbatur mater, filii morte intellectâ, non primum condidiſſe teſtamentum, ſed prius, quo filium inſtituerat, mutaſſe, atque alios heredes ſcripſiſſe, & ab his eadem legata repetîiſſe: qua in ſpecie, cùm reſpectu quoque filii eadem legantis voluntas appareat, mirum non eſt, D. Hadrianum eadem à filio præſtari voluiſſe. Alterum eſt, quòd, cùm olim filio à matre præterito querelâ agendum fuerit *l. 27. in fin. ff. de teſt. inoff.* per quam non heredis tantùm inſtitutio, ſed & legata & fideicommiſſa evertebantur *l. 8. §. pen. l. 13. ff. & l. 28. in fin. ff. eod.* Imp. eundem perinde ad hereditatem admitti voluerit, ac ſi ex conjectùra maternæ voluntatis in eo fuiſſet ſcriptus heres, ſic tamen, ut legata & libertates manerent ſalvæ; nec

tamen filio, cujus præcipuè favore hoc Hadrianus decrevit, inde videtur facultatem peremisse, quo minùs, si defectam matris voluntatem respectu legatorum & libertatum, quæ à secundo herede relicta sunt, probare *arg. l. 12. ff. de probat.* querelæque onus pro juris antiqui ratione in se suscipere sustineat, eâdem experiri, & universam matris hereditatem obtinere valeat: quod non obscurè videtur Paulus inuere in *d. l. 28.* in verbis: *hic illud adnotatum*, videlicet si ex beneficio ab Imperatore concesso citra motam inofficiosi actionem filius succedere malit, *libertates & legata præstari: nam cùm inofficiosum testamentum arguitur*, quod nempe ab ejus arbitrio & electione non videtur fuisse remotum, *nihil ex eo testamento valet.* Molinæus ad *d. l. num. 8.* Zoës. ad *Pandect. tit. de inoff. test. num. 39.*

58 Ut jam ad alterum distinctionis membrum digrediamur, videlicet, si legata non ab extraneo, sed aliis liberis relicta sint, rursus interest, num generaliter ab institutis, nulla nominum propriorum enumeratione facta, legatum sit, an nominatim persona aliqua, vel unus ex heredibus fuerit legato gravatus? Priore in casu, cùm, uti dictum, præteritus fictione juris habeatur tanquam cum cæteris institutus, is quoque pro virili sua portione gravamen tenetur agnoscere, argumento eorum, quæ suprà *num. 49.* collocavimus *l. 14. in princ. & l. 15. ff. de jur. codicill.* Posteriori verò casu præteritus nihil præstat, sed is solus, qui eodem gravatus est, id implere cogitur; verùm non integrum, sed pro rata ejus partis diminutum, quam præteritus isti fratri gravato ex hereditaria ejus portione ablaturus est per expressos textus in *l. 11. & 19. ff. de jure codicill. l. 77. §. 29. ff. de leg. 2.* quibus sancitum est, ut, si quis unum tantùm sibi successurum credens, eundem legati præstatione oneraverit, eique ignoranti præter opinionem insuper alius coheres existat, pro ea tantùm parte, qua gravatus cum effectu heres est, legati partem, si id divisionem recipiat *d. l. 19.* exsolvat, pro altera verò, quæ ipsi per accrescentem coheredem detrahitur, neque is, neque

que coheres ad implementum legati obſtringatur, ſi unum individuum libertatis legatum excipias *d. l. 11. & l. 77. §. 29.* non obſtante *l. 14. in fin. ff. de jur. codicill.* quippe quæ in quantum obſtare poteſt, per ſequentem *l. 15. ff. eod.* mutata eſt.

Hactenus ſpeciem illam quoad legatorum valorem vel 59
interitum diſcuſſimus, quo pater aut mater heredem extraneum inſtituens mox natô poſthumô deceſſit. Verùm ſi pater aliquamdiu ſupervivens, cùm poſſet, teſtamentum non mutaverit, ita quòd videri poſſit, eum voluiſſe cum tali diſpoſitione decedere, nihilominùs tamen nec legata nec fideicommiſſa ſubſiſtent *arg. l. 31. §. 2. ff. de adim. legat.* ubi legatum ob ſupervenientes inimicitias revocatum non debetur, tametſi poſteà teſtator in codicillis illud non revocaverit; item *arg. l. 33. §. 2.* ibi: *ſi verò militante adhuc ff. de teſtam. milit.* Et ratio eſt, quia teſtamentum ſemel per agnationem poſthumi in totum infirmatum nuda patris voluntate in codicillum non flectitur, adeóque nec quoad legata, quæ ſaltem quinque teſtes ab inteſtato deſiderant *l. ult. Cod. de codicil.* confirmatur *l. 15. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſt. l. 2. Cod. de poſthum. hered. inſt.* Quo porro facere videtur, *l. 3. §. fin. ff. de jure codicil.* ubi teſtamento infirmato nulla ampliùs codicillis quoque eidem adhærentibus vis conſtare poſſe dicitur, *junct. l. 8. §. 3. ff. de jur. codicil. l. pen. §. ult. ff. de bon. poſſ. ſecundùm tab.* Gail. *l. 2. obſ. 13. num. 4.* Quamquam hodie poſt *Nov. 115. cap. 3.* cùm ob præteritionem liberorum teſtamentum non niſi quoad heredis inſtitutionem evacuetur, legatîs in ſalvo manentibûs, ſi nato poſthumo patris voluntas, non utique ex eo tantùm, quod aliquamdiu ſupervixerit, ſed aliîs indiciîs manifeſtata pro legatorum conſervatione appareat, illa quoque probabiliùs debeantur; quoniam jam perinde effectu habetur, ac ſi filium ſcienter præteriiſſet: & ratio jam ceſſat, propter quam ob defectum voluntatis legata, natô poſthumô, corruere diximus,

Gra-

60 Gravior verò controverſia eſt, an, ſi teſtamentum clauſula codicillari munitum ſit, poſthumus ignoranter præteritus hereditatem, detractâ legitimâ, ſcriptis heredibus, velut ex fideicommiſſo reſtituere teneatur? Lubet utriusque partis argumenta compendiô referre. Affirmantium cum Bachov. *d. theſ. 10. L. G.* & aliis apud Gail. *obſerv. 14. num. 13.* Fachin. *cap. 13.* Coccej. *jure controv. lib. 28. tit. 4. q. 8.* Illud præcipuum fundamentum eſt I. Quòd, cùm teſtator, ùt ſupponitur, aliquamdiu ſupervixerit, & teſtamentum, cùm potuiſſet, non mutaverit, videatur in eadem voluntate decedere, adeòque, cùm teſtamentum ſuum poſthumi nativitate ruptum eſſe ſciverît, hereditatem ſuam cum onere fideicommiſſi, ex virtute clauſulæ codicillaris præſtandi, ad legitimum heredem pervenire velle. Cui II. ſuffragari videtur *l. 14. ff. de jur. codicil. junct. l. 13. in fin. ff. eod.* ubi, ſi inſtitutus & ſubſtitutus vivo teſtatore, eóque ſciente deceſſerint, relictum ab his ſervo fideicommiſſum extinqui dicitur; tum enim teſtatori imputandum, quòd, cùm proſpicere voluntati ſuæ potuiſſet, non proſpexerit; ſecùs, ſi ignorante vel mortuo teſtatore; tum enim voluntati teſtatoris ſubveniatur. Quò facit III. *l. 9. ff. eod.* ubi, ſi miles teſtamentum natô filiô non mutaverit, cenſetur maluiſſe eodem durante teſtamento decedere, ídque jure militari refeciſſe. Deinde aliàs IV. legum præceptio eſt, probationem ab eo exigendam, qui voluntatem aſſerit mutatam *l. 3. l. 22. ff. de probat.* Confirmatur id V. per *l. 3. §. 2. l. 8. §. 3. ff. de jur. codicil.* ubi licèt poſthumus teſtamentum rumpat, non tamen rumpit codicillos, & fideicommiſſa præſtare tenetur, ſi quæ à legitimis quoque heredibus relicta fuiſſe, appareat, ùt id diſertis verbis cautum in *l. 24. §. 11. ff. de fideicom. libertat.* atqui hæc vis eſt clauſulæ codicillaris teſtamento adjectæ, præſertim cùm verbis, futurum tempus reſpicientibus, concepta eſt, ut teſtamento quocunque jure infirmato, in eodem diſpoſita jure fideicommiſſi ſuſtineantur, heredésque ab inteſtato id exequi teneantur *l. 29. §. 1. ff. qui teſtam. fac.* Quod VI. poſt

Nov.

Nov. 115. cap. 3. in fin. eò minùs jam dubii habere videtur; cùm per eam hodie legata & fideicommiſſa in caſu injuſtæ exheredationis vel præteritionis aliàs ſubſiſtant, & perinde adimpleri jubeantur, tanquam in hoc non reſciſſum fuiſſet teſtamentum. Denique VII. hanc ſententiam validè commendat, quòd ex *l. 3. Cod. de inoff. teſtam.* ſi mater, quæ poſthumum præterîit, aliquamdiu ſupervixit, atque adeò, cúm potuit, teſtamentum non mutavit, eam ob cauſam filius à matre neglectus dicatur; ergo è converſo filius in caſu noſtro cenſendus erit ex voluntate teſtantis hoc ipſo fideicommiſſo oneratus, qui non inſcius virtutis clauſulæ codicillaris eam, natô ſibi filiô, non induxit, eóque voluntati ſuæ priori immori voluiſſe præſumitur.

Qui cum Fachin. *cit. cap. 13.* negativam propugnant, ad- 61
ducunt I. quòd legatum ſemel revocatum non debeatur, tametſi poſteà teſtator id codicillis expreſsé non ademerit *l. 31. §. 2. ff. de adimen. leg.* II. Teſtatori nihil imputari poteſt, quòd teſtamentum non immutaverit; nam ùt Juſtinianus in *Novell. 66. cap. 1. circa finem, non enim*, ait, *omnia ſunt in nobis, nec ſuper quibusque tempus eſt teſtandi, & repente plerumque incidunt hominibus mortes, teſtandi eis poteſtatem auferentes.* Unde III. cùm ex ſuprà deductis negari non poſſit, quin, ſi pater illicò poſt natum ſibi inſperatò filium deceſſiſſet, legata & fideicommiſſa ex præſumpto in propriam ſobolem pietatis affectu intercidiſſent, magìs ab eo probatio exigenda eſt, qui dicit, teſtatorem ad antiquam voluntatem, aliquando ex diſpoſitione legum infirmatam, iterum rediiſſe *l. 3. & l. 22. ff. de probat.* arg. *l. 11. §. fin. ff. de bon. poſſ. ſecundùm tab.* Denique IV. Id clarè deciſum putat Fachin. in *l. 13. ff. de inoff. teſt. & l. 36. ff. de leg. 3.* ubi directa heredis inſtitutio in teſtamento facta nec per clauſulam codicillarem eidem adjectam, præteritô vel exheredatô filiô, in fideicommiſſum flectitur, ex ratione; quia videntur fideicommiſſa ab inteſtato data quaſi à demente: quaſi enim dementis eſt, id velle, ut filius cogatur extraneis, vel aliis remotionibus hereditatem reſtituere; unde id in eo, qui

etiam poſt natum filium aliquamdiu ſupervixit, minimè præſumendum: etſi enim ex eo, quòd, cùm potuiſſet, teſtamentum non mutaverit, aliqua pro ejusdem voluntatis conſervatione conjectura eluceat, vehementior tamen, veroſimilior atque æquior altera eſt, quæ à dementiæ nota patrem abſolvit, filiúmque extraneis præfert: huic igitur altera, tanquam infirmior meritò ſuccumbat, neceſſe eſt.

62 Verùm argumento huic ex *l. 13.* petito exiguam vim conſtare ſatis ex eo liquet, quòd hôc generaliter, atque etiam poſt *Nov. 115.* admiſsô manifeſtè adversùs ipſum Fachin. *c. 12. verſ. non oſtendunt*, ſequi neceſſum ſit, nec poſthumum ſcienter præteritum ex virtute clauſulæ codicillaris fideicommiſſum debere, ùt id apertè in *d. l. 13. & l. 36.* deciſum eſt; nec adeò hodie à liberis ab inteſtato ſuccedentibus per codicillum, cujus vim, poteſtatémque teſtamentum ex agnatione poſthumî ſcienter præteriti ruptum, per virtutem clauſulæ codicillaris induit, fideicommiſſariam hereditatem citra dementiæ notam relinqui poſſe, quod à legibus ſanáque doctrina longè remotum eſt. Meritò igitur diſpoſitio dictarum legum ad jus vetus, quo, per colorem dementiæ teſtamentô expugnatô, nihil ex eo valere poterat, ableganda, atque hodie, quo ſaltem voluntas teſtantis poſt *Nov. 115.* in ordine ad legatorum vel fideicommiſſorum valorem inſpicitur, abrogata dicenda eſt.

63 Id verò graviore conſideratione dignum, quod Fachin. addit, exiſtimari poſſe, parentem ideò de ſuo teſtamento in ſpecie propoſita nihil ultrà diſpoſuiſſe; cùm id, filiô ſibi natô, revocatum eſſe intelligeret, nec putaret, generalem illam clauſulam codicillarem eas vires habituram, ut hunc etiam caſum contra mentem ſuam comprehenderet, filiúmque, legitimum heredem, fideicommiſsô inductô, luctuoſa ſpoliaret hereditate. Unde nequidquam obſtant leges in contrarium allatæ, quibus perſeverantia voluntatis elici videtur ex eo, quòd teſtator ſupervixerit, nec teſtamentum mutaverit: neque enim eo in caſu loquuntur, quo contraria militat præſum-

ſumptio, ùt in ſpecie noſtra. Similiter ex objecta *l. 3. Cod. de inoff. teſtam.* plùs non ſequitur, quàm quòd parens ex eo, quòd natô ſibi filiô teſtamentum non mutaverit, eundem neglexiſſe, eóque voluntati ſuæ priori vires ſuas detraxiſſe videatur, id verò minimè inde probatur, nec præſumitur, eum voluiſſe teſtamentum ita in codicillos converti, ut filius inteſtato ſuccedens aliis cogatur hereditatem reſtituere.

Habes utrinque opinandi rationes præcipuas. Apparet 64
autem hanc præprimis quæſtionem eſſe voluntatis, in qua terminanda & regenda ante omnia conjecturis & argumentis, prudenti arbitrio temperandis, locus eſt. Si tamen nihil aliunde pro conſervatione prioris voluutatis proferri poſſit, quàm quòd teſtator ſupervivens eam non immutaverit, magìs in dubio ex legum præſumptione pro revocata ſtabimus voluntate: cùm aliàs certum ſit, quòd ſi quis â priori voluntate ſemel receſſerit, non aliter ea vires recipiat, quàm ſi codicillîs, aut alio animi indicio cum priori teſtamento ſe mori velle teſtator declaraverit *l. 11. §. ult. ff. de bon. poſſeſſ. ſecundùm tab. l. 33. princ. & §. 2. ff. de teſtam. milit.* Idque ulteriori exemplo firmatur, quod in *§. 4. Inſt. l. 9. §. un. l. 20. §. un. & l. 25. ff. eod.* ſcriptum eſt, teſtamentum ante militiam vel expeditionem ab aliquo non jure conditum, ſi poſteà is miles factus moreretur, non aliter valere, quàm ſi teſtator ſigno aliquo externo, puta aliquid adjiciendo vel detrahendo aut ſignando &c. vel aliàs declaraverit, ſe teſtamentum prius ratihabere, ac cum eo velle decedere: quòd ſi enim tacuerit, & nihil horum fecerit, teſtamentum ante militiam inutiliter factum ad privilegia militum non ſpectabit *dd. ll.* Quod enim Ulpianus in *l. 15. §. 2. ff. eod.* nihil aliud videatur exigere, quàm *ſi militis voluntas contraria non ſit*, ex prioribus & clarioribus textibus explicandum, ac capiendum de hypotheſi, qua teſtator aliquod ſignum novæ voluntatis edidit: hæc enim renovata voluntas vel eſt, vel non eſt priori contraria, *ſi non ſit contraria*, confirmat, ac ita his verbis confirmatio expreſſa infertur. Quemadmodum ergo non ſufficit ad te-

ſtamenti confirmationem, ſi teſtator in eum devenerit ſtatum, quo teſtamentum ex privilegio valere poſſit, ſed hactenus expreſſo voluntatis argumento opus eſt; ergo nec voluntas fideicommittentis, quæ per agnationem poſthumi abrupta fuiſſe præſumitur, ex eo ſolo redîiſſe, aut renovata intelligi poteſt, quòd is longiùs ſnpervixerit, ac priori contrariam non expreſſerit, vid. Stryck. de *ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 9. cap. 4. §. 11.*

65 Digrederemur ab hoc argumento, ſi miſſos faceret Fachinæus: nec enim prætereundum eſt, quòd ille *d. L. 4. controv. cap. 11.* cum Berlich. *part. 3. concluſ. 15. n. 59.* contra communem tuetur, quod nec hodie poſt *Novell. 115. cap. 3.* ea poſſit eſſe vis & poteſtas clauſulæ codicillaris, ut, teſtamentô ob caſum injuſtæ exheredationis vel præteritionis ſubverſô, heredis inſtitutio, quæ directo jure valere nequit, per eandem in vim fideicommiſſi convertatur, ita ut filius (ſuppone, ſcienter præteritus) ab inteſtato hereditatem vindicans eandem, detractâ legitimâ, ſcriptis in teſtamento heredibûs vigore illius clauſulæ reſtituere teneatur. Quæ ſententia totidem verbîs expreſſa videtur I. in *l. 13. ff. de inoff. teſtam. & l. 36. de leg. 3.* ubi nihil ex tali teſtamento, *quaſi à demente* confecto, deberi dicitur; etſi teſtator verbis fuerit uſus fideicommiſſariis, & quæ non jure teſtamento data ſunt, à quocunque herede, etiam ab inteſtato, impleri juſſerit: unde, quod *ex l. 29. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* pro regula venditatur, quæ teſtamento inutiliter relicta ſunt, ex virtute clauſulæ codicillaris ab heredibus ab inteſtato præſtanda eſſe, dicendum eſt, in hac, de qua agitur, ſpecie, videlicet qua liberi præteriti, vel iniquè exheredati ſunt, officium ſuum perdere; quoniam talis pro eo habetur, *qui quaſi furioſus teſtamentum facere non potuerit.* Et cùm II. clauſula hæc rarò in teſtamentis omittatur, omnia juris capita de filiofamilias inſtituendo vel exheredando, de rumpendo teſtamento per agnationem, aliáque ſimilia enervabuntur, omnísque ferè honor liberis debitus ex honorabili inſtitutionis titulo minuetur, ſi reſciſsô teſta-

ſtamentô hereditatem nihilominùs ſcriptis heredibus reſtituere cogerentur. Denique *Nov. 115. cap. 3.* tot curis & vigiliis excogitata omni penè effectu carebit, & legitima ſemper & ubique quocunque titulo poterit relinqui.

Prætereà III. ùt ſubdit Huber. ad *Inſt. tit. de codicill. in fin.* 66 ſi directa inſtitutio vel ſubſtitutio in codicillis optimè jure factis in vim fideicommiſſi non flectitur, quin nihil egiſſe teſtatricem, quæ hæc codicillis directè inſeruerit, affirmat Marcianus in *l. 6. ff. de jur. codicill.* intelligi non poteſt, quomodo ea vis ſit clauſulæ codicillaris, per quam benignè duntaxat receptum eſt, ut teſtamentum vitioſum inſtar codicilli valeat. Quin imò IV. contra *l. 10. ff. de jure codicill. & §. 2. Inſtit. eod.* hoc abſurdi ſequeretur, quòd teſtamentum, quod ex inſtitutione heredis vires accipit, per codicillos confirmari videatur, ſícque jus teſtamentorum & codicillorum confundi. Unde quod in *Novell. 115. cap. 3.* in caſu injuſtæ exheredationis vel præteritionis legata & fideicommiſſa ſalva manere dicuntur, id ſaltem ad acceſſoria teſtamenti pertinet, non ad ipſam heredis inſtitutionem, quam ob injuriam à teſtatore illatam penitus evacuari voluit Imperator, *nullúmque inde præjudicium liberis præteritis generari, ſed hereditatem ad eos, tanquam ab inteſtato ex æqua parte pervenire; ne aliquam in ſubſtantiis parentum circumſcriptionem patiantur.* Quòd ſi jam filius ſolâ contentus legitimâ per clauſulam codicillarem reliquum heredibus ſcriptis dimittere teneretur, manifeſtò fraus legibus inferretur, hereditatem ei in compenſationem illatæ injuriæ totam addicentibus. Ratio verò, quòd hoc caſu nihilominùs legata ſubſiſtant, eſt; quia teſtator nihil circa ea peccavit, ſed duntaxat circa inſtitutionem; quare meritò, illîs in ſuo vigore manentibûs, hæc irrita efficitur: nam etſi aliàs filios fideicommiſſo gravari lex non vetet, at iis præteritis vel iniquè exheredatis ob injuriam à teſtatore illatam nullum conſtare vult inſtitutioni valorem, nec colorem dementiæ clauſulâ codicillari perſanari. Ubi porro Manz. *tract. de teſtam. valid. tit. 8. num. 299.* addit, hanc clauſulam ma-

gis ex consuetudine quadam Notariorum, quàm ex voluntate & dispositione testatoris adjici, cujus efficaciam plerumque neque Notarii, neque testatores satìs intelligant, ut inde tantùm liberis præjudicium inferri, minimè admittendum sit; præsertim cùm hæc clausula ad defectum duntaxat externarum solemnitatum emendandum adinventa fuisse videatur Gail. *l. 2. obs. 114.*

67 Verùm teste Sande *lib. 4. tit. 2. def. 2.* Stryck. de *cautel. testam. c. 23. §. 39.* & aliis quos longo ordine recenset Manz. *cit. loc.* & Menoch. de *præsumpt. lib. 4. præsumpt. 32.* contraria passim sententia apud DD. & usu fori invaluit, quam insuper præ altera commendare videntur sequentes rationes. I. Quòd ex communi DD. & testantium sensu ea sit codicillaris clausulæ interpretatio, ut, cùm testator cavet: hæc dispositio, si non valet jure testamenti, valeat jure codicillorum, aut quacunque meliori ratione valere potest, idem esse videatur, ac si diceret, ut, si institutio non est valida eo modo, quo nunc ordinata est, id est, jure directæ institutionis, saltem valeat jure indirectæ, quo valere potest, adeóque ut ab intestato venientes eandem, quo fieri potest modo, impleant *l. 29. §. 1. ff. qui testam. fac.* supponit quippe clausula codicillaris testamentum non valere posse, & hereditatem ab intestato ad legitimos successuros perventuram: licèt enim ponatur in testamento, fit tamen in casum intestati; cùm ergo liberi à patre usque ad legitimam portionem expressè fideicommisso gravari possint, nulla ratio apparet, quin eandem sui parentis voluntatem, per virtutem clausulæ codicillaris satìs manifestatam, cùm ipsi corruente testamento successuri sunt, exequi, scriptísque in testamento heredibus, ad quos testator in omnem, seu testati seu intestati casum omni meliori modo, quo id fieri potest, consulere, & bona sua pervenire voluit, eadem per fideicomissum restituere teneantur. Cui assertioni II. favet *l. 2. §. ult. ff. de jure codicill.* ubi JCtus: *hereditas*, inquit, *inutiliter testamento data non potest codicillis quasi hereditas confirmari; sed ex fideicommisso petitur, salva ratione Legis Falcidiæ.*

Et

Et affirmatur porro III. in *l. 13. §. 1. ff. eod. & l. 76. ff. ad* 68
SC. Trebell. quòd ſi conſtet, teſtatorem facere voluiſſe codicillum, etiam directa in eo heredis inſtitutio vel ſubſtitutio, licèt inutiliter facta, in vim fideicomiſſi ſuſtineatur. Adde IV. *l. 12. in fin. ff. de injuſt. rupt. & irrit. teſtam & l. 14. Cod. de fideicom.* quarum in priori aſſeritur, quod univerſa, quæ ſcripta ſunt in teſtamento, quod habet clauſulam codicillarem, ſint in cauſa fideicommiſſi, non ſolùm legata & fideicommiſſa, ſed & libertates atque ipſa etiam heredis inſtitutio *l. 19. in fin. princ. ff. de teſtam. mil.* in poſteriori verò Imperatores in hæc verba reſcripsêre: *tunc enim locum habet, quod regulariter traditur, ea, quæ in teſtamento relinquuntur, ſi ex teſtamento non adeatur hereditas, non valere: cùm verbis relicta directis adiri potuit hereditas, non cùm illa ſic data eſt, ut eſſet ab inteſtato ſucceſſoribus poſtulanda.* Facit V. quod Menoch. *lib. 4. præſumpt. 3. num. 5. & ſeqq.* Sande *l. 4. tit. 1. defin. 12.* tradunt. Si dubitetur, utrùm diſpoſitio ſit teſtamentum, fortè quia ſic eam appellavit teſtator, an codicillus, quia directa caret heredis inſtitutione, ita, ut teſtamenti jure nequeat ſubſiſtere, non dubitatur, quin pro codicillo favore ultimarum voluntatum haberi debeat, Imò VI. Si accuratiùs res inſpiciatur, filius propter clauſulam codicillarem teſtamento adjectam abſolutè præteritus dici non poteſt, ſed portionem ſuam ab inteſtato ex voluntate patris obtinet, rogatúsque cenſetur, ut id, quod ſupereſt, heredibus ſcriptis reſtituat.

Contraria Adverſantium tela ſic non difficile infringes, 69
reſpondendo ad I. colorem illum dementiæ, quo olim iniquè præteriti vel exheredati, impugnaturi teſtamentum, utebantur, hodie per *Nov. 115.* ſtatuentem, cætera in teſtamento contenta præter inſtitutionem firma manere, manifeſtè ſublatum eſſe. Si enim hæc adhucdum in teſtatore arguenda foret, non modò fideicommiſſum illud, quod per clauſulam codicillarem inducitur, ſed & illa, quæ expreſsîs verbîs hoc teſtamento relicta ſunt, tanquam à demente diſpoſita, irrita & nullius momenti ex ratione juris veteris dici deberent: quid

enim

enim intereſt, ſi quod res eſt, dicere amamus, utrùm teſtator mox initio codicillos fecerit, filiósque fideicommiſsô gravârit, an teſtamentum, ſi hoc viribus ſuis ſubſiſtere nequeat, in eorum vim per clauſulam codicillarem converti voluerit, illúdque à liberis ſuis, hereditatem ab inteſtato capientibus, eô, quo fieri poteſt, modô adimpleri? Secundò reſpondet Stryck. *diſp. de clauſ. codicill. num. 94.* diſtinguendo inter dementiam teſtatoris veram & præſumptam: illa per clauſulam codicillarem non tollitur, benè verò hæc; nam per eandem pater filium præteritum ab inteſtato heredem feciſſe præſumitur *arg. l. 82. ff. de hered. inſtit.* eúmque de reſtituenda hereditate tacitè rogâſſe. Non itaque planè ex mente teſtatoris filius excluditur, ſed ſaltem ex teſtamento non admittitur, ut hinc ad fictam teſtatoris dementiam confugere non ſit neceſſe.

70 Ad II. reſpondetur, non magis id ſequi, quàm ſi codicillis, ab inteſtato factis, à liberis ſuis teſtator fideicomiſſum relinqueret. Fit ergo hodiedum ex defectu neceſſariæ inſtitutionis teſtamentum ruptum aut irritum, eóque reſciſſo liberi ab inteſto hereditatem vindicant, ſed eandem ex voluntate fideicommittentis patris ſui, retentâ debitâ ſibi portione, aliis tenentur reſtituere. Similiter ad III. *l. 6. ff. de jure codicill.* plus non probat, quàm quòd hereditas codicillis neque directè dari, neque adimi queat; imò nullius momenti eſſe, quæ ita in codicillis ordinantur, ut neceſſe foret teſtamentariam diſpoſitionem penitùs inde ſubverti; quemadmodum in adjectione vel detractione conditionis, vel exheredatione eveniret: at verò jam ſuprà in decidendi rationibus probatum dedimus, quòd, ſi manifeſtè appareat, defunctum non præcisè teſtamentum, ſed etiam codicillum facere voluiſſe, tum eodem directîs verbîs diſpoſita obliquantur, atque in vim fideicommiſſi à legibus ad ſuſtinendam defuncti voluntatem convertuntur *d. l. 2. §. ult. l. 13. in fin. ff. eod.* imò paradoxum nemo cenſere debet, majorem aliquando virtutem clauſulæ codicillari, quàm ipſis tribui codicillis; hi ſiquidem, ſi teſtamento

to accedunt, ejus ſequuntur conditionem, ac cum eo ſubſiſtunt, ac corrunt *l.3. §. ult. ff. eod.* cùm contrà clauſula codicillaris faciat, ut, cùm inſtitutio directè nequit ſubſiſtere, ſaltem jure fideicommiſſi ſuſtineatur. Adeóque ad IV. haud ſequitur, teſtamentum per codicillos confirmari; neque enim heredes, qui teſtamento ſcripti ſunt, ex eo directè ſuccedunt, ſed viribus teſtamenti corruentibus, ſucceſſionéque ad cauſam inteſtati reducta, hereditatem ex manibus heredis legitimi vigore codicilli, in quem directa voluntas teſtatoris inflectitur, per fideicomiſſum adipiſcuntur *l. fin. §.1. Cod. de codicill.*

Cæterùm, quod in *Nov.115.* dicitur, heredis inſtitutio- 71
nem in caſu iniquæ præteritionis vel exheredationis penitùs evacuari, id primùm dici poteſt procedere, ſi tale teſtamentum clauſula hac ſalutari deſtituatur. Dein evertitur inſtitutio, quæ jure directo valet, non ùt obliquò, ſeu in vim fidejuſſi valere poteſt: poſtquam enim in *cit. Nov.* Imperator, omnem teſtatoris voluntatem ſeu legantis ſeu fideicommittentis ab heredibus legitimis impleri voluit, ſanè intelligi nequit, cur non eadem hactenus quoad hereditatem, ex clauſula codicillari per fidecommiſſum ſcriptis heredibus reſtituendam, debeat obſervari? injuria liberis per præteritionem vel iniquam exheredationem illata ſatìs in hoc punita eſt, quòd teſtator eum nequeat, quem optâſſet, directo jure heredem habere, ſed hactenus liberos ab inteſtato hereditatem capere pati debeat, ſed quo minùs eos in hunc caſum ad usque legitimam portionem fideicomiſsô onerare nequeat, qui id aliàs vel teſtamento vel codicillis facere non prohiberetur, ratio nulla probabilis proferri poteſt. Quid, quod ex generali naturæ ductu nemo facilè parentum malignum adeò adversùs proprium ſanguinem animum inducat, ut liberos ſuos à ſucceſſione gratìs & ſinè probabili cauſa remotos cupiat: quæ etſi fortè ad plenum exheredationis effectum legibus non probata ſit, eò tamen valere debet, ut ne ad ſubvertendam parentum voluntatem cauſam eorum ultrà, quàm opus ſit,

tueamur, & plus eis tribuamus, quàm parens, ſi & ipſos etiam heredes ſcripſiſſet, dare neceſſum habuiſſet.

72 Ad id, quod ex Manzio additum eſt, dicimus, quòd, quia cunctis teſtatoribus ea ſtat generaliter mens, ut voluntates ſuas, quacunque ratione poſſunt, effectum habere cupiant, haud aliter animati, quàm fuit Lucius Titius, qui ita in *l. pen. §. ult. ff. de leg. 2. hoc meum teſtamentum ſcripſi ſinè ullo Jurisperito, rationem animi mei potiùs ſecutus, quàm nimiam & miſeram diligentiam, & ſi minùs aliquid legitimè, minúsve peritè fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſana voluntas*, hinc ex voluntate teſtatorum hæc clauſula ad conſervandam eorum diſpoſitionem adjecta fuiſſe præſumitur. Carpzov. *lib. 6. reſp. 7.* Unde Stryck. *diſp. de clauſ. codicill. num. 26.* ad dubium, num clauſula codicillaris in teſtamento perſonæ idiotæ & non literatæ adjecta, quæ planè nullam hac de re cognitionem habeat, nec de ea certiorata fuerit, aliquid utilitatis operetur? affirmativam tuetur, ex ratione, quòd in tali caſu reſtringenda quodammodo mens ſit teſtatoris; quippe qui non ad requiſita debita, ſeu ſolemnia reſpexit, ſed ſolùm ad teſtamentum, illúdque valere voluit; unde neceſſariò etiam tacitè in ea media conſenſiſſe, illáque ratihabuiſſe cenſetur, quibus mediantibus ipſius voluntas ſuſtinenda eſt: quicunque enim vult finem, eum etiam velle media ad finem neceſſaria indubitanter colligitur. Dein qui Notario teſtamenti factionem commiſit, eum ſimul rogâſſe cenſetur, ut teſtamentum ita condat, prout quàm optimè ſuſtineri poteſt.

73 Denique ad ultimum concedi poteſt, clauſulam hanc præcipuè ad effectum ſolennitatum externarum adinventam fuiſſe, attamen extenſio, quam interpretes communiter faciunt, nec rationi contraria eſt, nec à legibus recentioribus abhorrere videtur: nihil enim monſtroſi ſubeſt, ſi ea, quæ per teſtamentum ſolenne fieri nequeunt, prætextu codicilli effectum, ſed remiſſiorem habeant. Qua de pluribus diſſerentem Mantic. de *conject. ult. volunt. lib. 5. tit. 2. num. 10. & ſeqq.* vide, ubi pulchrè oſtendit, quibus in caſibus, ſuffragante teſtatoris vo-

voluntate etiam vulgaris ſubſtitutio mediante clauſulâ codicillarî in fideicommiſſariam convertatur Stryck. de *caut. teſtam. cap. 23. §. 37.*

Imò non pauci DD. eò progrediuntur, ut etiam ex il- 74
la generaliter præſumpta teſtatoris mente, qua omni meliori quocunque modo voluntates ſuas impleri exoptant, hanc clauſulam, etſi expreſsè non appoſitam, tacitè tamen ſubintellectam velint, atque etiam id praxi receptum eſſe teſtentur Huber. ad *Inſt. l. 2. tit. de jur. codicill. in fin.* & quoad legata pia & teſtamenta parentum inter liberos *arg. l. 38. ff. de fideicomm. libert.* Carpz. *part. 3. conſt. 4. def. 22.* Stryck. in *Theſaur. juris tit. de jur. codicill. num. 22.* Verùm, quia non idem ſemper ubique locorum fori uſus eſt, imò & multi Pragmatici contrariam communi omnium calculo probatam affirment apud Stryck. de *caut. teſtam. cap. 23. §. 32.* minimè tutum erit, praxî quorundam jactatæ mox fidem dare, atque ſupremam diſpoſitionem ob neglectum hujus clauſulæ periculô nullitatis exponere. Præſertim, quòd contraria ſententia tam perſpicuis textibus ſubnixa ſit, quales occurrunt in *l. 3. ff. de teſt. mil. l. 7. l. 41. §. 3. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. ult. §. 1. Cod. de codicill. l. 14. Cod. de fideicom.*

Quibus omnibus apertè ſtatuitur, ut niſi teſtatores vo- 75
luntatem ſuam de teſtamento ſuo, ſi illud ſuis viribus conſiſtere nequeat, in vim fideiçommiſſi valituro, per clauſulam codicillarem complexi ſint, id ad fideicommiſſi interpretationem minimè transducere alicui fas ſit, ſed ea pro nulla, omníque juris effectu deſtitutâ haberi debeat. Ad præcipuum adverſæ partis, quod ex præſumpta teſtatoris voluntate capitur, fundamentum illud perpetuò, maximéque memoriæ commendandum reponimus, teſtantium voluntatem, niſi quatenùs illa verbis manifeſtata eſt, non magís quàm in contractibus *l. 7. Cod. de condict. ob cauſ. dat.* effectu juris aliquo haberi poſſe; nam etſi quidem aliàs vulgata juris ſit præceptio, voluntatem utramque in teſtamentis implere paginam *l. 35. §. 3. ff. de hered. inſt. l. 10. in fin. ff. de leg. 1.* item voluntatem ſem-

per magìs, quàm verba, in teſtamento ſpectandam eſſe *l. 52. §. 4. l. 69. princ. ff. de leg. 3. l. 104. princ. ff.* ibi: *cùm & verborum ſignificatio non repugnet, & voluntas teſtatoris congruat ff. de leg. 1.* Si tamen voluntas verbis nullô modô expreſſa fuerit, vel verba ejusmodi concepta ſint, quæ nullo modo voluntati exprimendæ congruant, magìs quod ſcriptum, quàm quod volitum, in teſtamentis ſequendum eſſe, diſertè cautum eſt in *l. 7. §. fin. ff. de ſuppell. leg. l. 19. de uſu & uſufr. leg.* & conſiderandum, quid ſcripſerit teſtator, non quid ſenſerit, vel cogitare potuerit Hartman. Piſtor. *lib. 3. quæſt. 30. num. 7. & lib. 4. quæſt. 9. num. 71.* imò ſi quis errore ductus aliud pro alio adſcripſerit, vel alium quem volebat, heredem expreſſerit, neutrum debebitur: nec qui ſcriptus, erit heres; quoniam voluntate deficitur, nec quem teſtator voluit; quoniam ſcriptus non eſt *l. 9. princ. & §. 1. ff. de hered. inſtit. l. 4. ff. de leg. 1. l. 3. ff. de reb. dub.* conferatur Stryck. de *caut. teſtam. cap. 23. §. 32. & 33.* ubi quorundam DD. exceptiones de clauſula codicillari in teſtamento patris inter liberos, item quoad legata pia, vel eas perſonas, quas ſummoperè teſtator dilexit, tacitè ſubintellecta ex eo conatur infringere, quod, cùm clauſula codicillaris, ut effectum operetur, majorem, nempe quinque teſtes *l. ult. Cod. de codicill.* ſolennitatem, ac recenſitæ teſtatorum ſpecies deſiderent, ea planè otioſa, ac oneri teſtatori futura ſit; cùm effectus clauſulæ codicillaris nequeat intelligi, quæ ſolennitatibus codicillorum deſtituta eſt.

76 Verùm etſi facilè Stryckio dandum, clauſulam hanc in hujusmodi teſtamentis, quæ nullam ſolemnitatem juris deſiderant, in ordine ad ſuſtinendam voluntatem defuncti, aliàs ex defectu ſolemnitatis ruituram, planè ſupervacuam, vel etiam reſpectu extraneorum inutilem eſſe, nihilominùs tamen eidem quoad alios effectus ſua vis conſtare, maximíque ea usûs eſſe poteſt, velut ipſe Stryckius alio in loco *cit. tract. cap. 10. §. 11.* eam in teſtamento parentis inter liberos, ſaltem ex ſententia communiter in praxi recepta, tacitè ſubeſſe vult, ídque reſponſo Juridico confirmat, quo JCti Hallenſes ſubſti-

ſtitutionem pupillarem, ultra tempus pubertatis alicui liberorum minùs ſolemniter factam, ex ſubaudita tacitè clauſula codicillari poſt pubertatem in vim fideicommiſſi inflecti pronunciârunt *arg. l. 76. ff. ad SCtum. Trebell.* Carpz. *p. 3. conſt. 4. def. 22. num. 7.* Menoch. de *præſumpt. lib. 4. præſ. 31. num. 16.* Sed & alterum in Stryckio carpendum, quod exiſtimet, effectum clauſulæ codicillaris nullum eſſe, niſi ea ſolennitatibus ad codicillum requiſitis munita ſit: id enim, ùt in theſi quidem verißimum eſt, ita fallit in eorum teſtamentis, quæ ex legum indulgentia præter apertam voluntatis declarationem aliam juris ſolemnitatem non exigunt.

Pro coronide quæres, quid de valore teſtamenti ſentien- 77
dum, ſi liberi ipſi primô gradu non inſtituantur, ſed aliis heredibus ſcriptis duntaxat ſubſtituantur? Reſpondeo, & hos præteritos cenſeri; non quidem, quòd hi totum teſtamentum infirment, atque ab inteſtato ſuccedant, ſed eum ſaltem gradum evertant, à quo neque exheredati, neque inſtituti ſunt, ſed præteriti *l. 43. §. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* ubi cùm quis uxorem inſtituiſſet, & ei filios ſubſtituiſſet, reſpondit JCtus, inſtitutionem uxoris, adeóque primum gradum nullius momenti eſſe, nihilominùs tamen liberos, cùm ſubſtituti proponantur, ex teſtamento heredes extituros: *quoniam*, út Papinianus in *l. 75. ff. de hered. inſtit.* rationem reddit, *& quolibet alio ſubſtituto, ſi fuiſſet ab eo exheredatus, inde teſtamentum inciperet, ubi filius eſſet exheredatus.* Aliud dicendum, ſi è converſo filius primo gradu inſtitutus ſit, & à ſecundo præteritus, velut ſi teſtator ita dicat: *filium meum & Titium heredes inſtituo, & ſi Titius heres non ſit, Cajum ei ſubſtituo;* quo caſu, ſi Titius hereditatem omittat, Cajus ejus portionem ex ſubſtitutione capiet: licèt enim aliàs is gradus non valeat, á quo filius eſt præteritus; quia tamen per hoc ei nulla injuria facta eſt; cùm eidem ex primo gradu hereditas deferatur, hinc quoque ſubſtitutum à parte hereditatis, quæ ſibi non debetur, nequit excludere. Unde DD. regulam conſtruunt, quòd licèt filius, qui primo gradu non inſtituitur, ab omnibus exheredandus

sit, ut testamentum quoad omnia valeat, non tamen, qui instituitur, necessariò est à sequentibus exheredandus; favorabile enim initium semper durat.

§. II.

De liberis Emancipatis heredibus instituendis.

Summaria.

1. Emancipatorum olim Jure civili nulla fuit successio, quos tamen Prætor ex capite unde liberi, *vel per bonorum possessionem cont. tab. admisit. 2. Num hactenus Jure codicis quidquam immutatum? & an emancipati per* l. ult. C. de liber. præter. *cum suis exequati sint? Quod 3. negatur, ac 4. intellectis* §. 5. Inst. de exhered. liber. *plenius exponitur. 5. Sublatâ per* Nov. 118. *inter suos & emancipatos in successione ab intestato differentiâ concluditur* tit. de conjung. cum emancip. lib. ejus, *abrogatus esse. An hodie post* Nov. 115. *emancipati necessariò heredes instituendi sint? contra negantes 7. affirmatur, ac simul momentum quæstionis ostenditur. 8. Discrimen inter suos & emancipatos quoad modum acquirendi, transmittendique hereditatem Jure Romano minimè sublatum est, 9. benè tamen moribus Germaniæ, & quinam hodie emancipationis modi? 10. & 11. Quorundam objectionibus respondetur. 12. Quo fine ac effectu emancipatio hodie coram Magistratu fiat? 13. Quidam Juris Interpretes notantur, ac emancipationis effectus nunquam in Germania receptos fuisse, ex primæva emancipandi origine plenius demonstratur.*

1 JUre civili antiquo non alios, quàm suos instituendi patri incumbebat necessitas, ùt superiori §. vidimus; solósque agnatos ad successionem ab intestato lex vocabat propter familiarum conservationem; cùm ergo emancipati propter capitis, quam patiebantur, diminutionem hac utraque qualitate exciderint *l. 3. §. 1. l. 7. pr. ff. de cap. minut.* salvîs testamenti tabulîs præteriri poterant, nullô adversùs voluntatem patris, aut ejus ab intestato hereditatem, civilî beneficiô adjuti *§. 4. Inst. de exhered.* quia pro extraneis & alienis eo jure habebantur *§. 3. Inst. de hered. qualit. §. 9. Inst. de hered. quæ ab intest.* Prætor tamen æquitate naturali motus, ac necessitudinem sanguinis spectans eos non modò cum suis ab intestato ad bonorum possessionem *unde liberi* admisit *d. §. 9. l. 6.*

§. 1.

§. 1. ff. *de bonor. possess.* sed etiam testamentô præteritis per bonorum possessionem contra tabulas consuluit *l. 1. ff. de bon. possess. cont. tab.* Unde factum est, ut hi quoque non quidem ad valorem, sed efficaciam testamenti heredes instituendi vel exheredandi essent *d.* §. 4. virilis quidem sexûs nominatim, fœminini verò inter cæteros; hactenus quoque civilis juris differentiâ in modo exheredandi à Prætore receptâ *pr. instit. de exhered.*

Tandem Justinianus §. 5. *Inst. eod.* & *l. ult. C. de lib. præ-* 2
terit. sublatâ inter sexum differentiâ omnes sive suos, sive emancipatos filios & filias, & ex masculis descendentes aut instituendos, aut nominatim exheredandos esse decrevit, ita ut omnes eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda, & hereditatem eorum auferendam. Unde dubitatio emersit, an non vî hujus constitutionis emancipati suis æquiparati ita, ut præteriti neglecta bonorum possessione contra tabulas perinde, ac sui, testamentum ipso jure nullum dicere valeant? Id alicui fortè videri possit ex eo, quòd, cùm Imperator in §§. præcedentibus non tantúm discrimen inter masculos & fœminas, filios & nepotes, sed in §. 3. differentiam quoque inter suos & emancipatos retulisset, tandem in *cit.* §. 5. subjiciat, *sed hæc vetustas introducebat*, tacitè insinuans, etiam quoad emancipatos aliud jus receptum, ac illam potestatis differentiam sublatam, & eorum quoque ex testamento successionem ad simplicem naturæ ductum, & exemplum successionis ab intestato, quâ suos emancipatis exæquatos esse constat *Nov. 118. cap. 1.* reductam esse; præsertim cùm Justinianus in *d.* §. 5. dicat, quòd *simile*, hoc est, æquale, ac *simplex jus* inter omnes liberos introduxerit; quomodo autem id simile erit, si via infringendi testamenti diversa est? quomodo id simplex, si alio jure sui, alio emancipati præteriti hereditatem patris sui obtinere necessum habent?

Sed vix tutò hæc Imperatoris assertio ex citato textu erui; potest; quandoquidem si §. 5. tanquam referens ad ipsam, cu-

jus

jus ibi mentionem facit, conſtitutionem tanquam relatum, videlicet *l. ult. C. de lib. præterit.* utì fieri neceſſe eſt, conferimus, ſatìs apparet, non aliam Juſtiniano mentem fuiſſe, quàm diſcrimen inter gradus & ſexum, & eam, quæ olim circa effectum præteritionis, & exheredationis formam inter filios & filias, liberos & nepotes obtinuit, differentiam tollere, atque idem remedium, quod filii ſui ex jure civili habent, ad filias & per virilem ſexum deſcendentes liberos ſuos extendere, & ſimiliter æquale jus prætorium inter omnes utriusque ſexûs emancipatos, eorúmque maſculorum liberos ſervari, ita ut filiæ & nepotes ad conditionem & jus ſuorum redactæ, ſi præteriti, præteritævè fuerint, aut non nominatim exheredatæ, ad inſtar filii ſui teſtamentum ipſo jure evertant, emancipatæ verò & nepotes ex maſculis ad inſtar filii emancipati per contra tabulas bonorum poſſeſſionem id reſcindant.

4 Ex quo ſatìs apparet, quo ſenſu, & effectu ſimile ac ſimplex jus inter liberos à Juſtiniano in §. 5. introductum ſit, videlicet, ut idem obtineat inter emancipatos cujuscunque gradûs ac ſexûs, æquale inter ſuos, abrogatô ſexûs ac gradûs diſcrimine, ſervetur. Unde in verſ. *ut omnes ſive ſui ſive emancipati eundem habeant effectum, quàm ſui vel emancipati habent*, notanter Imperator maſculino genere uſus eſt; quoniam non tantùm fœminas, ſed etiã nepotes voluit comprehendere, & ſuos, hoc eſt, fœminas & nepotes cum ſuis ſcilicet filiis, emancipatos itidem fœminas & nepotes cum filiis emancipatis comparare. Ex quibus verbis, ſi quis differentiam inter ſuos & emancipatos, aut neceſſitatem auxilii prætorii ſublatam hoc loco eſſe contendat, neceſſe eſt, ineptiſſimum fateatur, ac nullum in iſta comparatione ſenſum: ut non dicam, ex hac interpretatione hoc ſequi abſurdum, præteritionem poſthumi æquè teſtamentum ab initio nullum facere, ac nati. Denique illa emancipatorum cum ſuis longo demum pòſt tempore facta exæquatio in *Nov. 118. c. 1.* non ex aſſe, ſed ſecundùm quid capienda eſt, quatenus nempe citra beneficium Præto-

toris jure civili æqualiter ab intestato succedunt, videlicet adeundo hereditatem velut extranei, non etiam ut ipso jure, velut sui, heredes existant, aut hereditatem non aditam ad quoscunque possint transmitterere: neque enim hoc fieri potest sinè jure suitatis, quod sanè in causa testati vel intestati emancipatis ab Imperatore reservatum esse nullibi expressè sancitum est.

Id tamen hac *Novella 118. cap. 1.* adversùs constitutionem juris veteris videtur fuisse effectum, ut, cùm emancipati sublato potestatis discrimine pariter cum suis admittantur, quin etiam, ùt communiter à DD. traditum est, planè nepotibus ex se natis, atque in potestate patria retentis præferantur, quos tamen ab his olim planè excluſos *l. 29. ff. de lib. & posth.* dein verò ex beneficio Prætoris iisdem in successione conjunctos fuisse constat *t.t. ff. de conjung. cum emancip. lib. ejus.* ut, inquam, hujusmodi nepotes post hanc *Nov.* si eos præcedat pater, licèt emancipatus, sui ampliùs heredes non intelligantur, nec in locum filii, hoc est, patris sui succedant, aut agnascendo rumpant testamentum, quo eorum pater institutus est: id enim paradoxum, atque inauditum jure nostro videtur, suum esse heredem, atque adeò necessariò instituendum, cui jus nullum sit succedendi ab intestato; quo enim fine hic talis nepos testamentum avi rumperet, qui ipse obstante filio, ac potiùs succedendi jus habente, nihil ex hereditate avi laturus sit. Ut adeò satìs mirari, aut certè capere nequeam, quòd Bachov. & Vinn. ad §. ſ. vel ex eo exæquationem emancipatorum cum suis factam esse negandam censeant, quòd alìàs id absurdum, ùt illi putant, sequi necessum foret, nepotem ex filio emancipato in potestate retentum, post constitutionem Justiniani non potuisse ampliùs succedere in locum patris sui, & jura suorum heredum nanciſci in familia avi; nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Id sanè absurdum videri possit illis, qui cum Cujacio ad *d. Nov.* & Alciato *l. 3. parad. cap. 20.* sustinent, edictum Prætoris, de

conjungendis cum emancipato liberis ejus jure noviſſimo haud ſublatum, ſed adhuc ex eodem nepotibus, in poteſtate retentis, concurrentem cum emancipato eorum patre ſucceſſionem patere. Sed tale non videri debet Bachov. & Vinn. qui cum communiori ſentiunt, nepotes per *Nov.* à patre ſuo, licèt emancipato, penitùs excluſos.

6 Sed nunquid jure noviſſimo, videlicet poſt *Nov. 115. c. 3.* emancipati neceſſariò inſtituendi, iísque præteritis teſtamentum ipſo jure nullum eſt? Non pauci cum Harpprechto *Inſt. h. t.* volunt, teſtamentum, quo emancipatus præteritus eſt, adhucdum ſubſiſtere, ſolo Prætoris remedio, videlicet per bonorum poſſeſſionem contra tabulas evertendum: I. quia de filio emancipato præterito nihil ea conſtitutione ſpecialiter cautum: quin ipſa Novella ſatìs apertè arguit, ſi ea, quæ ibi Juſtinianus ad formam præteritionis, vel exheredationis, præſcripſit, ſervata non fuerint, teſtamentum ipſo jure validum ac firmum eſſe, cùm dicatur reſcindi ac evacuari, quo verò remedio? id non exprimitur; ergo quod expreſsè mutatum non eſt, cur ſtare prohibeamus *l. 32. C. de appell.* II. Novella generaliter, ac de omnibus liberis concepta parem quidem omnium liberorum in effectu conditionem ac communem præteritionis, ùt & injuſtæ exheredationis pœnam, quæ eſt evacuatio teſtamenti, arguit; verùm ut id fiat eodem juris remedio, nusquam expreſſit; unde ex jure veteri ſua quibusvis liberis pro eorum conditione convenientia remedia repetiiſſe cenſenda eſt; cùm per ea, quod erat Imperatori propoſitum, ab iisdem injuria præteritionis vel injuſtæ exheredationis ſatìs depellatur. Præterea & id novella hac conſtitutione videtur fuiſſe effectum, ut ſi exheredatio emancipati non ad formam ea lege præſcriptam perpetrata fuerit, ei quoque bonorum poſſeſſio contra tabulas competat, à qua, ùt dicitur in *l. 8. §. 2. ff. de B. P. contra tab.* non omnis exheredatio, ſed quæ ritè facta eſt, excludit *d. l. 8. pr. eod.*

7 Verior autem, mihi ſemper viſa, ſententia affirmat, emancipatum præteritum ad inſtar ſuorum teſtamentum ipſo ju-

jure nullum dicere, nec ampliùs ad id subvertendum opus habere bonorum possessione contra tabulas. Ex eo enim, quòd *Nov. 115. cap. 3.* indéque desumpta *auth. non licet C. de liber. præter.* generaliter ac indistinctè de omnibus liberis loquatur, nec ampliùs extra formam ea lege præscriptam licere velit parentibus liberos suos præterire, vel exheredes facere, quorum nomine etiam emancipatos venire certum est *l. 56. §. 1. ff. de V. S.* consequens est, emancipatos ipsos quoque ex Imperatoris præcepto, adeóque jure civili instituendos, ac pari proin remedio ad injuriam præteritionis, vel injustæ exheredationis depellendam adjuvandos, videlicet, ùt infrà latiùs probaturi sumus, remedio nullitatis, quo ostenso omnia adversariorum in contrarium argumenta, quæ præteritione non obstante, atque etiam neglectâ exheredandi formâ testamentum validum supponunt, per sese corruunt. Non parvi autem refert, hôc, an illô mediô emancipatus, ùt suprà jam indigitavimus, hereditatem persequatur. Nam si ponas justè quidem, sed iniquè exheredatum; ex priori sententia bonorum possessionem intra annum litis agnoscendæ vel ordinandæ gratia petere deberet, & per eam sibi demum ad querelam præparare viam *l. 6. in fin. & 7. ff. l. 2. C. de inoff. testam.* Emancipatus quippe, utpote juri civili incognitus, ut querelam instituere possit, hac bonorum possessione, velut signo, opus habebat, ex quo à Prætore eum admissum esse cognoscatur Salicet & Castrensis ad *d. l. 2.* contrà in posteriori, ac nostra sententia, sinè ulla præparandæ litis causa prævièà Judice impetrata bonorum possessione, rectâ viâ per integrum quinquennium querelam movere potest. Similiter in casu præteritionis, vel injustæ exheredationis querela nullitatis per triginta annos salva manet, bonorum possessio non nisi intra annum, non levî præteriti dispendiô, impetrata conceditur *§. 5. Inst. de bon. possessionib.*

Stante autem hac sententia nostra rectè colligimus, hodie 8
nullam ampliùs supereſſe differentiam inter liberos suos &
emancipatos tam in successione ex testamento, quàm ab in-

teſtato, ſucceſſione inquam; nam alia ſuitatis ac emancipationis diſcrimina, quæ ex ipſa patriæ poteſtatis perſeverantia, vel ejusdem ceſſatione profluunt, videlicet quoad acquirendam vel transmittendam hereditatem minimè Romano jure abrogata eſſe, conſtans DD. traditio eſt, ita ut emancipatus etiam hodie aditione opus habeat, qua ſinè, perinde ùt extraneus, hereditatis dominus non efficitur, ac proinde eam ad alios quosvis heredes (deſcendentes excipimus *l. un. C. de his, qui ante apert tab.*) nequit transmittere; cùm ſuus etiam ignarus citra ullum aditionis factum ob continuationem dominii ipſo jure heres efficiatur, adeóque paternam hereditatem, tanquam patrimonium ſuum in quosvis heredes transmittat.

9 Verùm an hactenus Romani Juris placita in foris quoque Germaniæ noſtræ obtineant, aut ſaltem prudenti ratione, ac citra abſurdum obtinere poſſint? maximi usûs, à paucis tamen diſcuſſa eſt quæſtio. Momentum deciſionis in eo ſitum eſt, quemadmodum hodie emancipatio perpetretur, quoque apud nos effectu æſtimanda ſit? Rariùs hodie emancipationes ad formam à Juſtiniano præſcriptam, id eſt, coram Magiſtratu celebrari, nemini ignotum eſt; uſum tamen ejus ſupereſſe, præcipuè in liberis, qui in domo, atque convictu patris manſuri ſunt, paſſim DD. teſtantur. Communi nunc ferè Europæ conſuetudine invaluit, ut tacitè è poteſtate patria dimiſſi cenſeantur filii, qui eo conſentiente ſeparatam œconomiam inſtituunt, ſuísque ſe ſumptibus exhibent, vel filiæ nuptui elocatæ Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 9. cap. 6. §. 9.* Quòd ſi jam per *Nov. 81. cap. 2.* conſtat, eum, qui dignitatem conſequitur, aut cingulum, quod à Curia liberat, ita ſui juris effici hominem, ut ei prorſus, velut in patria poteſtate conſtituto, jura omnia familiæ ſucceſſionísve intacta maneant, vel utì DD. noſtri communiter loquuntur, patria poteſtas quoad odioſa tantùm, & liberis incommoda ſolvatur, v. g. ut non ampliùs patri acquirant, non etiam quoad favorabilia & proficua, ut verbi gratia: ipſo jure ſint he-

re-

redes; quid de liberis illis sentiemus, qui separatô focô, suísque viventes impendiîs moribûs nostrîs non minùs, quàm olim per dignitatem, è potestate patria exeunt? cùm enim effectus patriæ potestatis, sæpè in mediam filiorum ætatem olim duraturæ, nimis acerbi, atque lugubres Germanis viderentur, nec emancipatio eorum, qui pro peculii conditione non minimum patribus suis lucrum adferrent, facilè sperari posset; placuit tandem, omnes illos potestati patriæ subducere, suíque juris efficere, qui suîs se sumptibûs, vel artificiô exhibere possent. Quod igitur in liberorum favorem introductum, in eorum odium minimè detorquendum est *l. 6. C. de ll.* ac omnino dicendum, patriam potestatem per hujusmodi modos haud aliter, quàm quà liberis incommoda, atque damnosa est, solutam esse: aliàs id absurdum sequi necessum foret, ut filium ignavum, & domi paternæ desidiosè hærentem meliore, quàm eum, qui rerum suarum satagens separatam à patre familiam instruit, conditione censeamus; sequiore itidem filiam jure habeamus, quæ ob probatos mores matrimonium meruit, quàm quæ commendatæ parùm probitatis ab omnibus destituta paternam arrodit substantiam. Cui consequens est, ut hujusmodi liberi non minùs, quàm qui potestate patria tenentur, ipso jure, ac citra ullum aditionis factum heredes existant, paríque privilegio hereditatem parentum suorum in quosvis heredes transmittant. Unde quod Stryck. *cit. dissert. §. 10.* convenientiùs dici putat, transmissionem ex jure sanguinis intra suam sphæram, videlicet intra descendentes vim suitatis acquisivisse, quàm suitatem simpliciter ad emancipatos hodie extensam esse, minimè probari potest; cùm ex hactenus disputatis perspicuum sit, jura suitatis in emancipatis nunquam desiîsse.

At inquies, eam facultatem ex solo suitatis jure, hoc est ex patria potestate, profluere, atque adeò liberis è potestate dimissis competere non posse: etsi enim emancipatio maximè ampliùs non sit capitis diminutio, sinè dubio tamen est modus solvendi patriam potestatem, atque sic abrumpen-

di continuationem dominii, ob quam liberi ſui ipſo jure heredes eſſe intelliguntur, quo reſpectu differentiam emancipatorum à liberis, qui in poteſtate ſunt, etiam nunc manere dicendum eſt. Verùm hanc argumenti vim inductione per dignitatem ſolutæ patriæ poteſtatis pronum erit elidere: ſi enim hujusmodi liberi jura ſuorum retinent, abſurdum haud erit, hanc eandem prærogativam noſtris adſtruere, qui & ipſi parentibus ſuis, ùt loquitur Imp. in *cit. Novell. cap. 1. in fin. multò majori laudi erunt, & lætitiæ occaſionem præbebunt magnæ.*

11 Si urgeas, nusquam legem extare, qua noſtris ſuæ poteſtatis liberis, ùt illis dignitate auctis, jura ſuitatis cuſtodirentur; reponimus, ſanam hoc rationem expoſcere, ut qui ſolvendi patriam poteſtatem modus in favorem liberorum moribus Germaniæ introductus eſt, in eorum diſpendium non torqueatur. Adhæc cùm plurimos effectus patriæ poteſtatis, ex quibus jus ſuitatis apud Romanos præcipuè pendere notum erat, velut illa perſonæ unitas, & commune bonorum dominium, quod eſt in *l. 11. ff. de liber. & poſthum.* hodie aut ſublatos eſſe, aut certè non eodem rigore uſurpari conſtet; videri poſſit, ſui heredis exiſtentiam, ùt & facultatem transmittendæ hereditatis in quosvis heredes non tam ampliùs in patria poteſtate, quàm nexu illo & voto parentum, propter quod ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita, parentum hereditatem liberis addicit *l. 7. pr. ff. de bon. damnat.* fundatam eſſe, adeòque omnibus liberis æqualiter ſuffragari.

12 Nec majorem effectum alter emancipandi modus, videlicet, qui coram Magiſtratu perficitur, hodie habere exiſtimandus eſt; cùm is apud nos, ſi alicubi uſuveniat, non alio inſtituto aut intentione, quam ut liberi per exitum è poteſtate patria nova facultate, v. g. teſtandi jure in peculio adventitio augeantur, indéque melioris conditionis fiant, celebrari, atque ſic ùt ſimplex modus ſolvendi patriam poteſtatem, non ùt diminutio ſtatûs, aut peremptio jurium liberis ſuis competentium haberi ſoleat; nihil ut hodie intereſſe videatur, ipsô factô, videlicet inſtitutâ peculiarî familiâ, vel di-

dignitate, aut contractô matrimoniô, an expressa parentis voluntate coram Magistratu declarata, liberi sui juris efficiantur, indéque non ampliùs patri, sed sibi acquirant. Quis igitur, quod sola liberorum utilitate & commodo receptum est, ad eorum perniciem, & dispendium interpretetur?

Ut adeò satis mirari nequeam, non paucos Juris Interpretes usque adeò ad superstitionem religiosos, & Justiniani tributarios esse, ut ubique sinè delectu Romanorum placitis, quoadusque speciali lege abrogata non sunt, abruptim adhærere malint, quàm eó animum advertere, quemadmodum ea moribus, & indoli Germanorum conveniant, atque ita pariter apud nos recepta esse intelligantur; neque enim existimandum est, Imperatores nostros adrogato Romanorum jure leges suas æquitati naturali convenientissimas per hoc exauctorare, aut aliter id jus in foro Teutonico obtinere voluisse, nisi quà earum legum observatio ingeniô civium suorum, & ingenuæ, Germanæque simplicitati congrueret, utì plurimis exemplis, quibus cordatiores JCti Romanorum scita nunquam recepta fuisse testantur, v. g. pacti nudi, & stipulationum, metùs, doli incidentis &c. palam id & perspicuum fieri posset: id verò tum maximè, atque in his juris Romani effectibus obtinere debet, quos ex antiquarum formularum solennitatibus, & ineptis Romanorum ritibus æquitati parùm convenientes profluxisse novimus, quo in numero si quis alius, certè emancipationis effectus, & damna illa liberis inde emergentia habenda sunt. Cùm enim olim nemo sui juris fieri poterat, nisi qui per trinas venditiones in imaginariam servilem causam deduceretur *l. 3. §. 1. ff. de capit. minut.* facilè inde ratio capitis diminuti, & amissæ familiæ constare poterat: postquam verò hic ritus ab Anastasio abrogatus esset, placuissétque eam ex Imperiali Rescripto *l. 11. C. de Legit. hered.* dein ex lege Justiniani solo Magistratûs Decreto fieri posse *§. 7. J. quibus modis patria potest solv.* non magìs hic emancipandi modus, utpote sublatâ causâ servilî, aut statum liberorum mutare, aut legitima agnationis familiæque jura perime- 13

rime-

rimere poterat, quàm ſi filius per mortem patris è poteſtate exiiſſet; verùm pro reverentia antiquitatis, cujus non uno loco à poſterioribus legum Conditoribus ratio habita eſt, & ſuperſtes emancipationis nomen,& effectus quoque veteres relictos voluerunt; quos, etſi Juſtinianus, út ſuprà ex *Nov. 115. cap. 3.* & *Nov. 118. cap. 1.* oſtendimus, magna ex parte ſuccideriit, omnes tamen, illos præſertim, de quibus nobis lis eſt, ſuſtuliſſe eum, nullibi expreſſit, niſi quòd liberis, quos dignitas patria poteſtate exemit, ſpeciali lege jura omnia familiæ, & ſuitatis integra ſervârit *Nov. 81. c. 2.* quæ reſervatio, utì ſpectatîs Germaniæ moribûs planè ſupervacua eſt, ità verò ſimillimum, omnes illos, qui ex antiquo & primitivo emancipandi more deducebantur effectus, hodie abrogatos, aut veriùs nunquam receptos, proindéque ad ductum naturalis æquitatis, & antiquam Germanorum obſervantiam omnium liberorum cauſam æquatam eſſe, nec alio fine, & effectu emancipationis uſum in Germania ſupereſſe, niſi quà per eos melior liberorum conditio efficitur.

§. III.

De Liberis Poſthumis heredibus inſtituendis.

Summaria.

1. *Quis poſthumus ſtricto, quis largiori ſignificatu?* 5. *Alius* ſuus, *alius* non ſuus. 3. *Hic jure civili cùm ſic inſtitui non poterat, quin agnaſcendo rumperet teſtamentum, variæ in hanc rem ſucceſſu temporis inventæ ſunt formulæ, quæ recenſentur.* 4. *Tandem Juſtinianus poſthumum quoque alienum inſtitui poſſe permiſit, ſimúlque cavit, ut inſtitutio poſthumi in unum caſum facta ad alium, non expreſſum trahatur.* 5. *Quæ generalis poſthumos inſtituendi formula?* 6. *Inſtitutio poſthumi ſimpliciter facta de quocunque, etiam ex alia uxore naſcituro intelligitur; ſecus, quæ ad certum ventrem reſtricta eſt,* 7. *Quod tamen iterum variè DD. temperant.* 8. *An, & quando ſub ea quoque liberi naturales comprehendantur?* 9. *Ex uxore futura poſthumus heres inſtitui non poteſt, niſi cum qua jus eſt connubii.* 10. *Num & fœminæ poſthumos habeant?* 11. *Poſthumo præterito teſtamentum non mox nullum eſt, ſed demum ejus nativitate rumpitur, ſi modò is vivus.* 12. *& totus ex utero materno exeat, tametſi mox iterum decedat.* 13. *Neque ſit monſtroſus.* 14. *Denique*

que legitimo, ac justo tempore editus sit. 15. Quod est initium septimi mensis; unde quinto vel sexto mense natus abortivus pronunciatur. 16. Qui pro non nato, nec successionis capace habetur. 17. & 18. An partus octimestris pro abortivo, an vitali habendus sit? 19. 20. & 21. Septimo mense natus à marito pro legitimo agnoscendus est. 22. Si modò in eo aliqua imperfectionis signa appareant. 23. Objectioni respondetur. 24. Decem menses, tempus partûs longissimum. 25. Nec tamen id eo rigore à jure civili sancitum, quin longiori tempore editus, si fraudis absit suspicio, pro legitimo reputandus sit. 26. An non Justinianus terminum nascendi ad undecimum mensem prorogaverit? 27. Ex quo tempore decem menses numerandi? & 28. An menses lunares, an solares intelligendi? Si mulier defunctô maritô mox alii nubat, & pariat nono, vel decimo mense, cujus sit partus? 30. An per agnotionem posthumi legata corruant? & quando eo rursus mortuo testamentum convalescat?

NOn modò autem liberi jam nati heredes instituendi, vel exheredandi sunt, sed etiam posthumi *§. 1. Inst. de exhered. liber.* Posthumus autem stricto significatu is dicitur, qui post humatum, seu mortuum patrem nascitur *l. 3. §. 1. ff. de injust. rupt.* appellatione autem largiori, & quantùm ad præsens institutum attinet, omnes posthumorum nomine veniunt, atque eorum jure censentur, qui post testamentum jus sui heredis nacti sunt, quos distinguere solemus in veros, seu naturâ tales; & quasi posthumos, seu civiliter tales: ejusmodi habentur, qui vivo patre post testamentum conditum nati, vel quasi agnascendo proximum in patria potestate locum subeunt, ùt sunt arrogati, adoptati, legitimati *§. 1. Inst. quib. mod. test. infirm. §. 2. Inst. de hered. quæ ab intest.* itémque nepotes, qui remoto patre in sui heredis locum succedendo, sui avo heredes efficiuntur *§. 3. Inst. de exhered. liber. l. 13. ff. injust. rupt.* 1

Posthumus porrò alius dicebatur *suus*, alius *non suus*, seu alienus. *Suus* est, qui natus proximum in patria potestate gradum occupat; *alienus*, qui facti testamenti tempore, vel planè extra potestatem testatoris erat, aut saltem non ita gradu propinquus, quin alius gradu proprior eum antecederet, ac impediret, ne ei successio ab intestato tempore testamen- 2

ti conditi deberetur, qualis nepos intelligitur, quamdiu eum pater præcedit §. 26. *Inſt. de legat.* Magna autem olim in inſtituendis ſuis, & alienis poſthumis juris veteris religio, aut ſuperſtitio erat. De illis dubitabatur, an heredes inſtitui poſſint? cùm ſint perſonæ incertæ, quibus ne quidem legatum relinqui poterat §. 25. *Inſt. de legat.* ut adeò nec teſtamenti factio cum iis eſſe crederetur *arg. l. 9. §. 9. ff. de hered. inſtit.* neque is, qui nondum in rerum natura eſt, in poteſtate eſſe dicitur in *l. ult. ff. de collat. bon.* Quoniam tamen hi in ſibi favorabilibus pro jam natis habentur *l. 7. & pen. ff. de ſtat. hom.* hinc, quia nati tempore mortis teſtatoris, ſui hæredes teſtatori futuri eſſent, favore *ſuitatis* receptum eſt, ut non minùs ex Lege XII. tab. quàm nati, heredes inſtitui, vel exheredari poſſint Ulpianus *tit. 22. §. eos. 19. ver. ex jure civili l. 29. §. 27.* ibi *ex jure antiquo ff. de liber. & poſth.* Unde hi tales à quibusdam appellantur poſthumi antiqui ex Lege XII. tab. Huber. ad *tit. de liber. & poſth. num. 1.* cùm aliás, niſi hæc facultas parentibus daretur, teſtandi quoque jus iisdem conceſſum non rarò redderetur inane; nam, quidquid ageret pater, qui filios adhue ſperabat, ſeu poſthumos inſtitueret, ſeu præteriret, ejus voluntas ob incertam poſthumi ſpem nunquam non incerti, dubiíque valoris futura eſſet.

3 At verò poſthumi alieni jure civili non ita commodè heredes inſtitui poterant, quin agnaſcendo avi rumperent teſtamentum, perſonâ intermediâ ante mortem avi moriente: neque enim heredes ſcribi poterant tanquam ſui, qui tales non erant tempore facti teſtamenti: & ſi tanquam extranei fuiſſent inſtituti, hi poſteà ſui heredes effecti, & non eô, quô oportebat, modô ad hereditatem avitam vocati, avi ſui teſtamentum rumpebant Voët. ad *tit. de liber. & poſth. num. 2.* Tandem GALLUS AQUILIUS formulam & cautelam adinvenit, qua ad præcavendam teſtamenti ruptionem poſthumi etiam alieni legitimè heredes inſtitui poſſent, ſcilicet ſub conditione & in eventum, quo heredes *ſui* futuri eſſent. Concepta autem GALLI formula ſeu nepotis inſtitutio in eum

eum saltem casum, quo contingeret, filium mori ante avum testatorem, sibíque ex eo post mortem suam nepotem nasci *l. 29. princ. §. 1. & seqq. ff. de liber. & posth.* existimavit enim JCtus sufficere, si provideat de subsistentia testamenti pro tempore, quo testator ampliùs non viveret: nam si, filiô intermediô sublatô, vivo adhuc avo agnasceretur nepos, poterat is condere aliud testamentum, & in eo nepotem instituere. Quia tamen nec semper consultum testamentum mutare, neque omni tempore ejus rei facultas esset, successit Lex VELLEJA, quæ magìs testatorum firmitati prospiciens restrictam AQUILII formulam duobus casibus auxit, cavítque I. ut non modò nepotes, qui tempore testamenti conditi nondum nati, ob mortem tamen filii, id est, patris sui, proximè in potestate avi, eo adhuc vivo *sui* nascituri sunt, sed etiam illos, qui jam nati, sed nondum *sui* tempore conditi testamenti fuerunt, postea tamen ob mortem filii jus suitatis nanciscerentur, instituere fas esset *l. 29. §. 11. 13. & 14. ff. eod.* Denique cùm nova species in hoc argumento incideret de nepote, qui post testamentum avi, vivo & avo & patre natus, mortuo patre ante avum, vel eo emancipato, avo suus heres efficiebatur, quem neque ex primo Legis Vellejæ capite; quia non ùt suus natus erat, neque ex secundo; quoniam conditi testamenti tempore nondum natus esset, instituere liceret; hinc JULIANUS JCtus novum jus ex utroque capite concinnavit, & hunc quoque in eventum, si suus futurus esset, ne agnascendo testamentum rumperet, institui permisit *l. 29. §. pen. ff. eod.* His accessit posthumus CORNELIANUS, qui ante patris captivitatem conceptus, sed eo in captivitatem redacto domi natus, patris sui, licèt post filii demum mortem apud hostes decedentis, rumpebat testamentum *l. 15. ff. de injust. rupt. & irrit.* quoniam ex L. Cornelia, si pater apud hostes moriatur, fingitur ante captivitatem mortuus, unde filius, qui post captivitatem patris nascitur, perinde habetur, ac si post mortem patris natus fuisset.

4 Satis de hoc difficili argumento, & damnata *l. Gallus*, de quibus enucleatè egerunt Anton. Govean. Taurell. Stryk. *de caut. Teſt. cap. 16. §. 7.* cujus jam hodie fatente Stryk. *cit. loc.* minor (niſi quòd ab ea ſæpiùs ad aliud argumentum ducere liceat) ſupereſt uſus, poſtquam Juſtinianus poſthumum etiam alienum verè talem, & qui natus nunquam teſtatori inter ſuos heredes futurus eſt, velut ex filio emancipato filiáve natum ad ductum juris prætorii, quod jam ante hujusmodi perſonis ſecundùm, vel præteritis contra tabulas bonorum poſſeſſionem accomodavit *l. 3. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.* non modò jure quoque civili inſtitui poſſe permiſit *§. 28. Inſt. de leg. princ. Inſt. de bon. poſſeſſ.* ſed & alteram legum veterum ſubtilitatem correxit, quòd, poſtquam olim poſthumus uno caſu heres vel exheres ſcriptus, ſi altero, non expreſſo caſu natus eſſet, teſtamentum ruperat *l. 10. l. 29. §. 8. ff. de liber. & poſth. l. 26. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* hodie caſus unus porrigatur ad alterum *l. ult. Cod. de poſth. hered. inſtit.* Contendit quidem Zoëſ. ad *Pandect. tit. de liber. & poſth. n. 46. d. l. 10.* ſaltem quoad caſum, in *d. l. ult. c.* propoſitum, correctam fuiſſe, ſcilicet, quòd inſtitutus, ſi intra decem menſes poſt mortem teſtatoris naſcetur, etiam inſtitutus cenſeatur, ſi vivo teſtatore natus, non contrà; eò quòd teſtator videatur ibi excludere voluiſſe natum poſt decem menſes, quaſi non ex ſe progenitum, non etiam natum ſe vivô, tanquam ex ſe genitum. Sed quid frigidiùs aut pinguiùs à Viro aliàs acutiſſimo, ſed juris veteris plus nimiùm, atque ad ſuperſtitionem penè tenaci dici poſſet, non video? Quàm veroſimile enim eſt, quod ait Zoëſ. id ſaltem teſtatori ibi propoſitum fuiſſe, ut poſt decem menſes natum excluderet? quid hanc in rem cautelâ opus erat, cùm ſatis ab ipſa lege, ùt infrà tradetur, ejusmodi tardiores ac ſuſpecti partus arceantur? qui ſi à lege admitterentur, vana ac inanis teſtatoris futura eſſet excluſio. Sanè textum ſeriò perpendentibus facilè occurret, id unum Juſtiniani fuiſſe conſilium, ut hactenus rigorem veterum legum emolliret, atque caſum expreſſum ad omiſſum, quem fortè teſtator minùs prævidit, adeó-

adeóque non expressit, ex mente testatoris extenderet, ne ex verborum formula in alterutrum casum concepta, si alter existeret, posthumus velut præteritus rumperet testamentum, atque sic *pœnam patiatur præteritionis pater, qui suos filios non præterîit.* Ut ne dicam, difficiliùs esse casum, quo mortuo patre filius institutus est, trahi ad eum, quo eo vivo filius nascitur, ubi adhuc est testatori mutandi testamenti copia, quàm ut institutio filii, qui in casum, quo patre vivo nascitur, concepta, trahatur ad casum, quo se nascitur mortuo: ut meritò huc pertineat, quod in simili specie, videlicet, cùm quis scripsisset id, quod in utero mulier haberet, heredem; mulier autem tempore, quo testamentum conditum erat, jam enixa esset, Paulus in *l. 25. §. 1. ff. de lib. & posth.* ait: *verba quidem testamenti ad pronepotem directa videri, qui post testamentum factum nasceretur, sed si neptis, antequam testamentum scriberetur, enixa esset, licèt ignorante testatore, tamen institutionem ritè factam videri.* Quò præterea facit, quod alibi JCtus in *l. 108. in fin. princ. ff. de V. O.* ait: *cur non idem in dote respondeatur*, atque eo in casu dicatur, quo filius post obitum patris nascitur, qui si præteritus esset subversa patris voluntate universam ab intestato hereditatem auferret, institutus esse dicatur? *ratio reddi non potest;* præcipuè, cùm disertè Imperator *in d. l. ult.* expresserit, *se velle testantium voluntates adjuvare, & immutilatas servare*, quorum aliàs plenior semper interpretatio fieri debet *l. 12. ff. de R. J.* & in dubio magìs pro eorum conservatione responderi *l. 10. ff. de inoff. testam.* Manz. *de test. valid. tit. 11. n. 10. & 13.*

Etsi autem hæc *d. l. ult.* interpretatio nobis liquidissima videatur, providi tamen testatoris erit, ut hujusmodi controversiæ declinandæ, formulam institutionis vel in utrumque expressè casum concipiat, filiúmque heredem, sive se vivo, sive mortuo nascatur (quod & de nepotibus suis aliquando futuris intellige) instituat *d. l. 10. l. 47. §. 1. ff. de hered. instit.* vel generaliter filios, quos habet, quique sibi nascentur, aut si qui ex illis patre vivo decesserint, nepotes ex iis pari- 5

ter, aut generaliùs, quicunque poſt teſtamentum à ſe factum jus ſui heredis nanciſcentur, heredes eſſe jubeat.

6 Inſtitutio autem poſthumi ſimpliciter, ac indefinitè facta de omni, tam vero, quàm quaſi poſthumo *l. 13. ff. de injuſt. rupt. & irrit.* quocunque tempore naſcituro, aut futuro intelligitur: neque is ſolùm poſthumus ſcriptus videtur, qui tunc in utero fuit, aut qui ex ea, quam quis habuit tempore teſtamenti facti, uxore natus eſt, verùm & is quoque, qui ex quacunque poſt teſtamentum conditum uxore ducta naſciturus eſt *l. 4. & l. 5. ff. de lib. & poſth.* niſi teſtator non ſimpliciter poſthumum, ſed cum reſtrictione, naſciturum ex tali uxore heredem inſtituiſſet, tum enim inſtitutio ad poſthumum ex alia uxore natum *l. 28. §. 2. ff. eod.* trahi non poſſet. Quod & quidam defendunt, ſi teſtator ad certum naſcendi tempus formulam inſtitutionis reſtrinxerit v. g. dicendo: *inſtituo filium naſciturum ex ventre uxoris meæ, quæ prægnans eſt, vel ſi prægnans ſit, aut quod in utero uxoris meæ prægnantis eſt*: hæc enim inſtitutio nec ad ſuſceptos alio tempore, vel alia uxore natos porrigitur, ſed ad eum reſtringitur, qui tempore facti teſtamenti in utero conceptus; unde periculum eſt, ne hi tales rumpant teſtamentum; quia quando teſtator verbis ſuam mentem expreſsè reſtringit, noſtrûm non eſt, eam ultra caſum verbis expreſſum extendere arg. *l. 21. ff. de vul. & pupill. ſubſt. d. l. 28. §. 2.* Mantic. *de conj. ult. vol. l. 4. tit. 9. num. 2.* Aliud volunt eſſe, ſi teſtator dixerit: *inſtituo ventrem prægnantem*, tunc enim quemlibet poſthumum ex quacunque uxore naſciturum inſtituiſſe cenſetur. Et ratio diverſitatis inter hanc, & priores formulas hæc redditur, quòd in illis conditio exprimatur, & inſtitutio ad tempus facti teſtamenti, adeóque ad primum partum reſtringatur; in poſteriori verò illud exprimitur, quod tacitè ſubintelligitur, & ideò non reſtringitur inſtitutio, ſed ad quemlibet caſum refertur.

7 Non deſunt tamen apud cit. Mantic. *num. 6.* qui putant, etiam in prioribus formulis inſtitutionem ſimiliter, ſi non de rigore juris, ſaltem ex æquitate de quolibet poſthumo intelligen-

ligendam esse; quoniam hæc verba non censentur eo proposito prolata, ut si uxor posteà concipiet ab eodem testatore, venter ejus non esset institutus; nam sic videretur elegisse viam ad impugnandum judicium suum, quod verosimile non est *l. 3. ff. de testam. milit.* sed quia testator credebat se ex ea ægritudine, qua forté oppressus erat, moriturum; qui, si credidisset se convaliturum, aliósque liberos suscepturum, quoslibet sibi nascituros indubiè instituisset: nec enim infrequens est, ex conjectura voluntatis testatoris casum subintelligi, tametsi is verbis expressus non sit *l. 25. §. 1. ff. de lib. & post. l. ult. cod. de post. hered.* Unde quoque est, quód, si testator posthumum ex uxore nasciturum instituisset, & duo ex eodem utero nascantur, ambo intelligantur instituti; quoniam si testator de pluribus cogitâsset, ambos instituisset *l. 14. Cod. de fideicom. libert.* & textus in hanc rem rotundus est in *l. 13. ff. de liber. & posth.* ubi pater filium, si sibi nascetur, ex besse heredem instituit, ex reliqua parte uxorem: si verò filia nata fuerit, eam ex triente, ex reliqua parte uxorem heredem esse voluit. Cùm filius & filia nati essent; responsum est, assem distribuendam esse in septem partes, ut ex his filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat: ita enim secundúm voluntatem testatoris filius altero tanto ampliùs habebit, quàm uxor, item uxor altero tanto ampliùs, quàm filia. Licèt enim subtilitate juris ruptum videri poterat testamentum, quòd simul filius & filia instituti non essent, attamen, cùm ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideò ad hujusmodi sententiam humanitate suadente decursum est. Divisionis autem hujus hæc est ratio, quòd filius ad matrem, & mater ad filiam sit in proportione dupla, unde eadem proportione inter geminos, & matrem hereditas dividenda videbatur: quæ enim proportio octo ad quatuor, eadem quatuor ad duo, & duorum ad unum est. Ex quo simul textu DD. notant; quòd simplicibus duobus expressis mixtus casus contineatur. Aliud dicendum, si testator filium, qui sibi nascetur, exheredem scripsit; tum enim,

si

si vel sola filia, vel plures filii, aut filiæ simul nascantur, testamentum rumpitur *l. 1. §. 3. ff. de ventr. in possess. mitt.* ùtùt enim aliàs sub masculino genere fœmineum quoque comprehendatur *l. 16. ff. de test. tut. l. 1. ff. de V. S.* tamen exheredatio non videbatur, perindè ùt institutio, benigna interpretatione adjuvanda *l. 19. ff. de lib. posth.*

8 Institutio autem posthumi simpliciter facta ex mente Bald. Jason. & aliorum Interpretum ad *l. 4. & 5. ff. de lib. & posth.* de eo saltem intelligenda est, qui ex legitimo matrimonio nascitur; quia JCti in *d. l. 4. & 5.* de eo duntaxat loquuntur, qui ex uxore & matrimonio natus est: ídque indubiè procedit, si testator vel legitimam conjugem, aut filios legitimos haberet, vel aliàs conditio & dignitas patris hujusmodi heredem respueret: at verò, si nihil eorum obstet; cùm hodie naturales deficientibus legitimis in solidum heredes scribi non prohibeantur, *auth. licèt cod. de natur. liber.* non putat Mantic. *d. loc. num. 10.* assignari posse rationem diversitatis, cur non etiam naturales posthumorum nomine veniant, si quis extra legitimum conjugium hujusmodi sobolem ex concubina susceperit? Res eò redit, ut, quod in simili casu JCtus in *l. 17. §. 4. ff. ad SCtum Trebel.* dixit, voluntatis quæstio esse videatur, ex conjecturis & circumstantiis dijudicanda.

9 Neque hìc silentiô prætermittendum, quòd non modò posthumi ex uxore, quam quis jam habet, sed etiam ex ea, quæ testatori nondum matrimoniô juncta est, institui possint; ídque vel generaliter, dum quis posthumum ex qualibet uxore posteà ducenda *l. 27 ff. de liber. & posth.* vel specialiter ex Caja nasciturum heredem scribit, modò testatori cum tali muliere jus connubii sit, *l. 9. §. pen. & ult. ff. eod.* unde, si quis posthumum sibî ex fœmina, quæ testatori in gradu prohibito conjuncta est, vel ex uxore alteri nupta heredem scriberet, institutio tanquam turpis ipso jure nulla esset *d. l. 9. §. 1.* quia non potest ita institui sinè exspectatione alienæ mortis, quæ cogitatio inhonesta, & plena dicitur tristissimi eventûs *l. 83. §. 5. ff. de V. O.* Planè si quis scripserit sibi heredem ex ea, quæ pro-

propter impedimentum, quod tolli potest, uxor esse non poterat, valebit institutio, si impedimentô sublatô illa inceperit testatori uxor esse legitima *d. l. 9. §. fin. l. 28. §. 3. ff. eod.*

Fœminarum testamenta ad hunc tractatum ex ratione 10
veteris juris non pertinebant; quanquàm enim interdum exsecto & cæso ventre mulieris mortuæ partus edi *l. 6. in fin. princ. ff. de inoff. test.* aut nepos proximus aviæ gradu fieri possit; quia tamen fœminæ suos in potestate heredes non habent, hinc etiam posthumi præteriti eorum testamenta non rumpebant, sed per querelam rescindebant: instituere igitur mulier posthumum poterat, non debebat: verùm, cùm hodie post *Nov. 115. cap. 3.* mater non minùs, quàm pater liberos suos heredes ad valorem testamenti scribere teneatur, hinc etiam posthumi præteriti æquè hujus, ac illius rumpent testamentum.

Posthumi igitur non minùs, quàm nati heredes insti- 11
tuendi sunt, eo tamen discrimine, quòd præteriti, non ùt nati, mox testamentum nullum efficiant, sed illud demum, ubi in lucem editi fuerint, rumpant *§. 1. Inst. de exhered. liber. l. 3. §. 3. ff. de injust. rupt.* Etsi enim aliàs, qui in utero existit, quoties de ejus commodo agitur, pro nato habeatur *l. 7. & pen. ff. de stat. hom.* quia tamen, ut testamentum mox nullum sit, posthumi non interest, cui sat est, jura successionis in tempus nascendi integra servari *l. 3. ff. si pars hered.* hinc noluerunt jura propter incertum nativitatis eventum certum valorem testamenti enervare; cùm contingere possit, ut vel monstrum, vel mortuum mulier enitatur, aut abortum patiatur *l. 2. & 3. cod. de posth. hered. instit.* quo casu salvæ manent testamenti tabulæ *d. l. 2.* ut ergo posthumus præteritus testamentum rumpat, plures conditiones desiderantur. I. Ut is vivus nascatur *l. 3. Cod. de posth. hered. instit.* nam *qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; quia nunquam liberi appellari potuerunt l. 129. ff. de V. S.* proindéque habetur, ac si venter nunquam conceptus fuisset, omniáque jura incommodum ejus introducta concidunt *arg. l. 29. ff. de neg. gest.*

l.19. §.2. ff. de teſtam. tut. l.30. §.1. ff. de acquir. vel omitt. hered. Natum autem etiam accipimus, qui exſecto ventre editus eſt *l.12. ff. de liber. & poſth. l.6. in fin. princ ff. de inoff. teſtam.* modò vivus in lucem redactus fuerit *d. l.3. Cod. l. 132. & l.141. ff. de V. S.* Si non apertè conſtet, partus vivus, an mortuus editus ſit? DD. communiter diſtinquere ſolent, an tempore debito, & modo naturali ſit natus, an non? Illo caſu vivum præſumunt, altero mortuum: quemadmodum & ſi puerpera peſte laborâſſet, præſumitur partus venenô necatus. aut ſaltem hujus violentiâ intempeſtivè ejectus. Hæc autem obſervatio eò pertinet, ut intelligi poſſit, num, qui lucrum ſperant ex hereditate poſthumi, vivum eum docere neceſſe habeant, an ob præſumptionem juris ab eo onere liberentur, contrariúmque aſſerentibus probatio incumbat Carpz. *part.3. canſt. 17. def.20. Cœpolla conſ. 50. num.2.*

12 II. requiritur, ut poſthumus perfectè natus ſit; talis autem habetur, qui *totus* ex utero materno exiît, licèt illico in obſtetricis vel chirurgi manibus, etiam voce non emiſſa, ab hac luce ſubtractus fuerit *d. l.3.* brevis enim vitæ uſura effectum acquirendæ transmittendæque parernæ hereditatis impedire nequit *l.2. § 11. ff. ad SC. Tertull. l.9. ff. de jur. fiſc.* cùm hoc ipſo momento, quo infans in lucem editus eſt, heres dominúsque bonorum paternorum ipſo jure efficiatur; modò aliunde ex reſpiratione vel corporis, aut cordis motu de vita conſtet; nam etſi quidem ex vagitu validiſſimè vita inferatur, non tamen ex ejus defectu continuò mors præſumitur; cúm plura alia vitæ ſint argumenta Carpz. *d. conſtit.17. def.19.* Stryck. de *ſucceſſ. ab inteſt. diſſ.1. §. 14.* Idque Juſtinianus in *d. l.3.* expreſsè declaravit, & ſententiam quorundam, emiſſam ab infante vocem ad effectum rumpendi teſtamenti requirentium, exauctoravit, eo uſus argumento, *quod hoc ipſum faciebat, ſi mutus fuerat.* Quòd ſi verò etiam emiſſa voce, aliísque vitæ indiciîs proditîs infans, antequàm totus ex utero exiîſſet, in partu extinctus fuerit, teſtamentum non rumpit, nec ullius ſucceſſionis eſt capax, adeóque nec hereditа-

ditatem ad alios transmittit; eò quòd tum *vivus ad orbem totus non processerit d. l. 3.* quod verò ab aliquibus ad effectum acquirendæ hereditatis insuper exigitur, ut etiam liberi sacro Baptismatis fonte abluti sint *arg. l. ult. §. 3. Cod. de pagan.* hoc ad paganorum tantùm, non Christianorum liberos pertinet: quos etsi populari sermone pariter paganos appellare soleamus, quoad civiles tamen juris effectus tales non habentur.

III. Requiritur, ut partus non sit monstrosus *d. l. 3.* ibi: 13
ad nullum declinans monstrum vel prodigium; tales enim nec liberorum numero (nisi quoad evitandas orbitatis pœnas *l. 135. ff. de V. S.*) nec successionis capaces habentur *l. 14. ff. de stat. hom.* adeóque nec testamentum paternum rumpunt. Per monstrum illos partus intelligimus, qui contra formam humani generis converso ordine procreantur, & alterius magis animalis, quàm hominis speciem referunt *d. l. 14. l. 135.* quare pro talibus non habendi, qui, ùt in *d. l. 14.* dicitur, membrorum humanorum officia ampliârunt, id est, quibus præter naturæ consuetudinem aliquid supereſt, vel deest, ùt qui plura capita, manus aut digitos habent *l. 10. §. 2. ff. de ædilit. edict.* vel alia ratione mutilati sunt, si modò hominis formam præseferant, adeóque liberorum numero & juribus habentur. Quo sensu quidam, quod in *l. 12. §. 1. ff. de lib. posth.* Ulpianus ait, quòd partus, licèt non integer, si tamen spiritum habeat, testamentum rumpat, cum *l. 3.* ibi: *si vivus perfectè natus. Cod. de post. hered.* conciliant; eò quòd defectus in partibus exterioribus partum non statim reddat imperfectum; cùm integrum esse, & perfectum esse multis parasangis differat Bonav. de *part. octimest. l. 9. cap. 9. circa fin.* An verò monstra ex humano coitu procreata hodiernis moribus occidi fas sit? confer Stryck. in *usu moder. Pand. tit. de stat. homin. §. 15.* ubi adversùs Menoch. de *arbitrar. jud. quæst. lib. 2. cas. 356. num. 82.* Decian. *praxi crim. lib. 9. cap. 15. num. 31.* id affirmantes, negativam propugnat, nec tamen, qui contrariam DD. opinionem secutus id faceret, ùt homicidam puniri posse adversùs

ibi allegatos defendit. An monſtra baptizari poſſint? latiùs examinantem vid. Zacch. *quæſt. Medic. legal. l. 7. tit. 1.*

14 IV. Requiſitum eſt, ut poſthumus legitimo ac juſto tempore editus ſit. Quodnam verò tempus legitimum ac juſtum cenſendum ſit, ut partus poſt mortem viri natus teſtamentum rumpat? in tanto diſſentientium DD. conflictu non planæ deciſionis quæſitum eſt. Pugnam accendunt contrarii in ſpeciem textus in *l. 12. §. 1. ff. de liber. & poſth.* ubi Ulpianus: *quid tamen, ſi non integrum animal editum ſit, cum ſpiritu tamen, an adhuc teſtamentum rumpat? & tamen rumpit.* Contrà Diocletianus & Maximianus in *l. 2. Cod. de poſth. hered.* reſcripſerunt, *uxoris abortu teſtamentum mariti non ſolvi.* Diſputatio eò redit, qualis partus abortivus dicendus ſit? & an quinto vel ſexto menſe partus effuſus, ſi in eo certa vitæ veſtigia appareant, licèt adhuc imperfectus ac immaturus ſit, nec longiùs vitam trahere poſſit, teſtamentum rumpat? Poſterius affirmant non pauci, eò quòd in *d. l. 12.* nihil ulteriùs requiratur; quàm quòd hujusmodi partus, licèt imperfectus, ſpiritum habuerit. Neque deſunt DD. quos allegat Stryck. in *uſu modern. ad Pand. tit. de ſtat. hom. §. 14.* Coccej. *jure controv. tit. de his, qui ſui vel alien. juris.* Zacch. *l. 1. tit. 2. quæſt. 2.* qui allegatis exemplis, partus, quinto vel ſexto menſe editos, longiùs ſpirâſſe, & ad plures annos vitam protraxiſſe contendunt. Unde *l. 2. Cod. de poſth. hered.* explicant de partu immaturo, qui mortuus editur, aut certè, in quo ob imbecillitatem organorum nulla adhuc diſtingui, cerníque poſſint vitæ indicia Sichard. ad *d. l. 2. princ.* Et quoniam hìc non verſamur in materia civili, ex arbitrio Legislatoris pendente, ſed in materia Phyſica, in qua Imperator non ſuum, ſed alienum Hippocratis judicium ſecutus eſt, non ſtringet nos illa ſanctio, quo minùs aliorum Medicorum experimentis edocti, partum vivum ante ſeptimum menſem legitimum cenſeamus.

15 Verùm, etſi non eamus inficias, partus ante ſeptimum menſem vivos edi poſſe; quia tamen communi Medicorum judicio, nec non experientia teſte optima compertum eſt, hu-

hujusmodi fœtus vitales non eſſe, nec eam adhuc habere perfectam, ùt ait Zacch. *d. q. 2. num. 12.* humani partûs ſubſtantiam, eámque organorum diſpoſitionem, ut diutiùs vivere, alíque per naturam poſſint; hinc ſi talis edatur, non homo perfectus, ſed abortus dicendus eſt : abortum enim propriè dicimus omnem partum, immaturè editum; igitur, cúm conſtet partum ante ſeptimum menſem editum immaturum eſſe non tantùm quoad membrorum conformationem, ſed etiam quoad vitales operationes, ita, ut ob defectum vigoris neceſſarii eum longius vivere, alíque naturaliter ſit impoſſibile, hinc meritò pro abortivo habetur, de quo in *d. l. 2.* dicitur, quòd teſtamentum non rumpat, ac proinde quoad effectus ſucceſſionis civilis habeatur, ac ſi nunquam editus fuiſſet; quia paria in jure habentur, aliquem non naſci vivum, vel ita naſci, ut per rerum naturam vivere nequeat Sichard. ad *d. l. 2. num. 3.* & qui homo perfectus non eſt, nec ſuus heres eſſe poteſt Zacch. *d. q. 2. num. 12.* Maſcard. *de probat. concl. 1152.* Unde apud Sande *lib. 4. tit. 8. def. 8. circa fin.* quidam ex veteribus de partu animato, ſed præmaturè nato appoſitè dixiſſe fertur : *vivus ſit partus quoad animam in cœlis, non ſit legitimus quoad ſucceſſionem in terris :* quia in ſucceſſione ſpectamus non tam animam viventem, quàm facultatem ipſam vivendi. Quare ſatìs non eſt, quomodocunque animatum naſci, ſed inſuper requiritur, ut partus juſto cóque tempore editus ſit, quo vivere potuit, & ita juribus, quæ hominibus duntaxat vivis debentur, frui; aliàs enim Legislatores noſtri in *l. 12. ff. de ſtat. hom. l. 3. §. ult. ff. de ſuis & legit. hered.* fruſtrà certum tempus definîiſſent, ut intelligi poſſet, juſto, an non juſto tempore partus editus eſſet? ſi ad jura ſucceſſionis conſequenda ſat eſſet, partum qualitercunque vivum & immaturum in orbem naſci; fruſtrá quoque in *d. l. 2.* caviſſent Imperatores, ut ne abortivus partus teſtamentum rumperet; nam ſi, ùt vult Brunnem. ad *l. 2. cod. de poſth.* per talem mortuum jam intelligas, aut eum, in quo nulla viventis animalis veſtigia eluceant, non opus tum fuiſſet ſpeciali hanc in rem de-

cisione; cùm jam antè satis liqueret, emortuo ventri nullum successionis jus competere, ut qui nec in numero liberorum habeatur *l. 129. ff. de V.S.* Unde quod in *l. 12. §. 1. ff. de liber. & posth.* dicitur, *non integrum animal editum, cum spiritu tamen, testamentum adhuc rumpere*, id restrictivè ad legitimum tempus accipiendum, scilicet, si ad initium septimi mensis nascatur, quo tempore, etsi, quod ait JCtus in *l. 12. ff. de statu hom.* quoad *substantiam perfectus* nasci possit; quia tamen rarò habet eam membrorum firmitatem ac robur, ut causam morbificam, ex qua plerumque fœtus septimestres præter consuetum naturæ ordinem expelluntur, subigere, ac, nisi summa in hujusmodi partu nutriendo cura impendatur, eluctari possint, cùm & ipsi, qui longiùs vivunt, plerumque imbecilles sint, ac valetudinariam brevémque vitam agant, confer Zacch. *tit. 2. q. 3. per totum*, hinc verosimile est, Ulpianum in *l. 12. §. 1. per non integrum animal* eum partum indigitâsse, qui ob defectum roboris naturalis nondum quoad membrorum perfectionem, integer est. Alii per non integrum animal putant significari partum, qui defectu aliquo in partibus exterioribus laborat, qui licèt ob id integer non sit, perfectus tamen dici potest, & ob id rumpere testamentum Stryck. *de succeff. ab intest. diff. 1. §. 20.* ut ne obstare dicamus, quod Imperator in *l. 3. cod. de posth. hered. instit.* requirit, ut vivus *perfectè* natus sit: aliud enim est perfectè nasci, quod ad modum saltem nascendi pertinet, id est, ut quis totus ex utero materno vivus egressus sit, aliud *perfectum* nasci, id est, justo legitimóque tempore, ut natus vivere possit *l. 12. ff. de stat. hom.*

16 Verùm non desunt Medici, quos allegat Lauterb. *colleg. Pand. tit. de injust rupt. §. 86.* qui ante septimum mensem decentesimo septuagesimo natos superstites mansisse perhibeant, quorum judicium fidémque non pauci ex Nostratibus secuti, partum sexto mense editum hereditarii juris capacem pronunciârunt Coler. *part. 2. decis. 258.* Carpz. *part. 3. const. 17. def. 18.* Sande *tit. 8. def. 8. circa fin.* & alii apud Peregr. *de fideicom. art. 43. num. 29.* Malumus tamen ad præceptum legum no-

nostrarum hujusmodi controversias magìs ex eo, quod frequentissimè ac communiter fit, quàm quod aliquando exquisitis in casibus, & velut per miraculum evenisse audivimus, definire: ea enim, quæ rarò accidunt, non temerè in agendis negotiis computantur *l. 64. ff. de R. J.* cùm jura constitui soleant in his, quæ ùt plurimùm accidunt, non quæ fortè uno aut altero casu accidere possint *l. 3. & 4. ff. de ll.* Quòdsi generalem regulam ex hujusmodi casibus singularibus construere fas esset, atque ex eo, quòd aliquando quinto vel sexto mense perfectus nasci potuit, omnem illis mensibus editum ex justis nuptiis procreatum dicere, latissima fraudibus aperiretur via, omnísque legum auctoritas, quæ non temerè ex consultissimorum Medicorum judicio, atque constantî temporum experientiâ septimum mensem, velut brevissimum tempus definierunt, subverteretur. Id saltem præjudiciis quorundam suprà laudatis tribuimus, ut, si indubitata fide doceri possit (quamquàm id extra càsum, quo quintus aut sextus à priori mulieris partu mensis ageretur, probatu sit difficillimum) dictis mensibus perfectum, &, qui longiùs vixerit, partum editum fuisse, nostram decisionem non officere velimus veritati arg. *l. 29. in fin. ff. de probat.* quoniam, ùt infrà prolixiùs tr demus, leges civiles in præsumptione fundatæ, adversùs naturalem rerum evidentiam non stringunt. Id unum addimus, matres frequentissimè in definiendo conceptionis tempore falli, variísque ex conjecturis naturalibus sæpè in eam opinionem adduci, ut credant, se quinto, sexto vel septimo mense peperisse, cujusmodi error plerumque iis accidit, quæ filios vegetos, ac benè formatos septimo mense edunt Zacch. *d. q. 2. num. 11.* ergo non omnis partus, qui quinto vel sexto mense editus venditatur, ut abortus à successione removendus, sed res ex judicio Medicorum ipsiúsque partûs habitu, si aliunde veritas haberi nequeat, definienda est.

Eadem de partu octimestri, & an is testamentum rum- 17
pat? disputationis ferra inter DD. reciprocari solet. Et quidem non pauci ex Medicis Hyppocratis, Magistri sui auctori-

ritatem ſecuti octimeſtrem partum inter abortivos fœtus connumerant, adeóque nec vitalem eſſe ſtatuerunt ; unde JCti noſtri Julius Clarus *tract. de teſtam. quæſt. 45.* Sichard. ad *l. 3. cod. de poſth. hered.* Maſcard. de *probat. concl. 1152. num. 30.* cum plurimis aliis , quos accumulat Zacch. *lib. 1. tit. 2. q. 3. num. 1.* Bonavent. *de part. octim. lib. 1. & 2.* Menoch. *de arbit. jud. quæſt. lib. 2. caſ. 89. num. 56.* intulerunt eum , quemadmodum de abortivo diximus , pro nato non habendum eſſe, nec teſtamentum rumpere , aut jure ſucceſſionis gaudere poſſe; quoniam fœtus, qui hoc menſe editur, debilis eſt, ægrotat , magísque à partu enervatus , longiùs vivere non poteſt ; ſeptimus enim , nonus & decimus menſis ſacri ſunt partibus ; unde, qui octavo menſe naſcitur , ab utriusqe perfectione deficit, adeóque ob defectum naturalis diſpoſitionis neceſſe eſt, eum paulò pòſt interire. Quin & ipſe Zacch. fatetur, quòd faciliùs vivat ſeptimeſtris, quàm octimeſtris ; ita ut, ſi ex mille ſeptimeſtribus decem ſuperſtites ſint , vix quinque ex octimeſtribus longioris vitæ compotes fiant. Contrarium tamen propugnant laudatus Zacch. Moller. *Semeſt. lib. 3. cap. 28.* Coccej. *jure controv. ad tit. de his , qui ſui , vel alieni juris q. 3.* Lauterb. *ad tit. injuſt. rupt.* & plures ab his allegati. Præcipua verò hujus ſententiæ ratio eſt, quòd ſecundùm regularem naturæ ordinem totalis humani fœtûs perfectio non minori, quàm novem menſium ſpatio abſolvatur, unde neceſſe eſt , ut eò vegetior, perfectiórque fœtus cenſendus ſit, quantò minori ab illo perfectionis termino diſtat ; cùm ergo ſeptimeſtris juxta omnium ſententiam , utut debilior, pro vitali habeatur, multò magìs octimeſtris perfectior, magísque vitalis *ex natura ſua* cenſendus erit, quam & majus præ illo robur, ſolidiora membra, magísque formata, ac calorem vegetiorem habere oculata experientia commonſtrat ; quia cum tempore ſubſtantia partûs humani, quam ſeptimo menſe compleri diximus, non imminuitur, ſed contrà magìs ſemper perficitur , ac augetur. Tametſi autem faciliùs vivat, qui ſeptimo, quàm qui octavo menſe editus eſt , id non ex de-

defectu organizationis ad vitam necessariæ (aliàs enim nullus unquam octimestris partus contra tot luculenta Scriptorum testimonia longiùs vitam traduxisset) adeóque non á natura, sed ex accidenti provenit: id verò Zacchias convenientissimè rationi scribit in eo consistere, quòd, tametsi uterque partus à præternaturali ac morbifica causa ante destinatum nascendi tempus ex utero expellatur (nam ùt Zacch. latissimè ostendit, falsum est, septimum mensem à natura partui sacrum destinatúmque esse: quod enim ita imbeciilum atque imperfectum est, ut semper tale sit, id contra naturam esse ratio dictat, â qua non nisi perfectè, & in suo tempore nasci cuilibet individuo datum est, cùm ipsa operetur propter finem; finis autem dicat omnis actionis perfectionem) septimestris tamen, velut tenerior ac debilior facilè levi causæ cedit, ac minori cum labore cum morbo colluctans, minùs etiam ab eo affectus, faciliùs ab utero materno secernitur: at octimestris, utpote jam firmior ac robustior non nisi cum difficultate, atque à fortiore morbi vi expellitur, unde etiam ex ea pugna magis debilitatus, confractúsque faciliùs succumbit, minúsque ab ægritudine vires recipere, ac aëris injurias perferre, atque ita vitam tolerare potest, unde ùt plerumque emoritur: cùm ergo id solùm attendi debeat, quod à natura fit, non quod ex accidenti *arg. l. 5. §. 2. ff. de acquir. rer. dom. l. 20. §. 4. ff. de pet. hered.* aut septimestres, non minùs quàm octimestres tanquam non naturaliter, sed ante tempus à natura definitum editi omnino rejiciendi, aut uterque in jura successionis recipiendus est.

Accedit, quòd multi etiam nono vel decimo mense, iu- 18
sto adeò nascendi termino edantur, qui vel illicò in manibus obstetricum decedunt, vel ea tamen corporis, & valetudinis conditione sunt, ut manifestum sit illos paulò post obituros; quos tamen propterea, tanquam non vitales ex natura sua, sed duntaxat ex accidenti tales, nemo dixerit parentibus non succedere, aut hereditates ad se delatas transmittere; cùm, ut hi testamentum rumpant, hereditatémque acquirant, ampliùs

à legibus non requiratur, quàm ut toti vivi in lucem proceſſerint *l. 12. princ. ff. de injuſt. rupt. l. 2. & 3. Cod. de poſth. hered.* Addamus, quæ de partu octimeſtri ſcribit Carpz. *lib. 5. Reſp. III. num. 12.* An partus octimeſtris vitalis & perfectus naſci poſſit? ea quæſtio parùm utilitatis & effecti in jure habere videtur; cùm certò & exactè ſeptimo, an octavo menſe à conceptionis die natus quis ſit, diſſimulante præſertim uxore terminum conceptionis, conſtare nequeat. Nam defunctô maritô, num poſthumus octavo, vel nono conceptionis menſe ſit editus? vix aut rarò aſſeri certò poteſt: vivente autem marito, ſi octavo menſe à die nuptiarum infans natus ſit, quis dicere certò auſit, partum eſſe octimeſtrem; cùm ſeptimeſtris, adeóque legitimus eſſe poſſit? nam mulieres ipſæmet in tempore conceptionis ſæpè falluntur, quidni alii obſervatores nuptiarum.

19 Hactenus quæſtionem illam diſcuſſimus, quo tempore editus partus pro perfecto & ſucceſſionis capace habendus ſit? Alia, ac à priori diverſa quæſtio eſt, quo tempore naſci videatur legitimus, eúmque vel pater, vel qui, eo mortuo, de ejus hereditate contendunt, pro legitimo, atque ex juſtis nuptiis procreato agnoſcere teneantur? aliud enim eſt, eſſe partum *perfectum*, aliud *legitimum*. *Perfectus* eſt, qui, ùt diximus, omnibus ad vivendum neceſſariis organis inſtructus eſt, ut vivere ſeorſim, alíque valeat, & ſpurius quoque eſſe poteſt. *Legitimus*, qui ex juſtis nuptiis editus eſt, qui etiam imperfectus & abortivus eſſe poteſt. Rurſus aliud quæſitum eſt, an aliquo menſe homo naſci poſſit? alia, an eo menſe præſumatur natus in dubio? nec enim ambigitur, ſeptimo vel octavo menſe partum edi poſſe? ſed an ſeptimo vel octavo à nuptiis menſe editus, intelligatur ante, an poſt nuptias conceptus, & v. g. nonimeſtris potiùs, quàm ſeptimeſtris eſſe, non abs ratione dubitatur? Rurſus aliud quibusdam videtur circa partum legitimum ſtatuendùm, cùm maritus contradicit, & ſuſpectum habet partum ex numero menſium; aliud, cùm maritus nihil movet, nec partum ex ſe conceptùm eſſe dubitat,

ſed

sed judex vel alius, cujus ob id interesse potest, fœminam arguit ante nuptias viro cohabitâsse.

Quod igitur ad primum quæsitum attinet, id jam du- 20
dum ex authoritate Hyppocratis legibus nostris decisum est, partum perfectum, legitimum nullum censeri, nisi qui septimo mense *l. 12. ff. de stat. hom.* id est, post sex menses exactos, altero septimi me sis, id est, centesimo octogesimo die nascitur *l. 3. §. ult. ff. de suis & legit. hered.* Quòd si ergo ante hunc terminum, quem velut extremum breviſſimum jura definiêrunt, aliquem nasci contingat, à contrario sensu, quod argumenti genus in jure nostro validissimum est, manifestè sequitur, aut abortum eum esse, & adhuc imperfectum; aut si perfectus sit, illegitimum censeri; quia inclusio unius temporis alterius continet exclusionem Mascard. *d. concl. 1152. n. 3.* Quare mittimus reliquos menses, & Medicorum de iis disputationes: etsi enim contingeret quasi miraculô, partum quinto aut sexto mense absolutum nasci, tamen impossibile propè erit, eum, qui quinto à nuptiis mense editur, non fuisse ante quintum mensem, & ante nuptias conceptum: neque enim, si Medicorum disputationes efficiant, casu talem partum intra id temporis perfici posse, simul quoque efficient, id in hoc casu factum fuisse, eúmque à conceptione quintum mensem esse, utì est à nuptiis.

Utùt autem hactenùs dicta satìs probent partum sep- 21
timo, aut octavo à nuptiis mense perfectum, ac legitimum nasci posse; an tamen is perpetuò pro tali habendus sit, ut nec ulla ei controversia legitimorum natalium moveri, & mulier anticipatæ libidinis suspecta argui possit, à paucis disceptatum est; quoniam vulgò ea plerisque Jureconsultis statim religio, ut ob apertam, ùt communiter creditur, textuum authoritatem in *d. l. 12. & l. 3. §. ult.* aliter definire nefas esse existiment; quin eo progreditur Moller. *semestr. lib. 3. cap. 18. in fin.* ut nec maritum audiendum esse statuat ob id, quod uxor septimo aut octavo mense pepererit; tametsi probare velit, eam ante nuptias cum alio rem habuisse; cúm fieri possit, ut

ex marito conceperit, non ex adultero, quod & jura in dubio præsumunt; neque enim probat hoc esse, quod ab hoc contingit abesse *l. 10. Cod. de probat. l. 4. Cod. unde legit.* Etsi verò non ignorem, adversùs communem DD. consensum, præcipuè in re tam abstrusæ dubiæque decisionis, eluctari difficillimum, parúmque sæpè in contrarium nitentis profecturam esse diligentiam: neminem tamen id ægrô animô laturum existimo, si pro veritatis studio rem altiùs inspiciamus, & rationum momenta, quæ nos aliquando, non perpetuò, ita exigentibus naturæ argumentis à communi hactenùs sententia recessum facere impellunt, in medium proferamus.

22 Ajo ergo cum Zacch. *lib. 1. tit. 2. q. 3. num. 64. & seqq.* item *q. 4. in princ.* Coccej. *jur. controv. ad tit. de his, qui sui vel alien.* Sichard. ad *l. 3. Cod. de posth. hered num. 1.* partum septimo vel octavo mense editum (quamquam quoad septimi mensis partum Sichard. aliud defendat) si is firmus & robustus sit, quales nono aut decimo mense edi solent, marito, qui eum negat ex se natum esse, ipsi invito aliter, quàm causâ cognitâ, obtrudi non posse. Ad hoc in meliore lumine collocandum prænotamus imprimìs, quod Zacch. *lib. 1. tit. 29.* per totum tradit, naturam cùm homini, tum cæteris quoque animantibus certum nascendi terminum destinâsse, temporis tamen quamdam latitudinem comprehendentem; cùm tanta sit individuorum, & consequenter temperamentorum variatio. Itaque partûs humani tempus brevissimum, quo homo in utero ad eam perfectionem redigitur, quæ sibi ad benè vivendum à natura constituta est, nonus censetur mensis; longissimum, decimus; maximè legitimum, medium noni ad usque medium decimi; quicunque igitur partus hunc terminum antevertit, eum necesse est, ex causa præternaturali atque morbifica ab utero contra naturæ intentionem expulsum esse, atque adeò à totali perfectione, quam natura nono demum aut decimo mense penitùs absolvit, plus minúsve, prout nempe vel magìs, vel minùs à naturali nascendi termino distat, deficere. Unde, etsi septimestris partus princi-

pium

pium perfectionis, ob quam eum absolutè vivere possibile est, jam adeptus sit, nondum tamen pleniſſimè absolutus, eáque membrorum firmitate, quàm natura ultimis demum mensibus perficit, solidatus est, quò fit, quemadmodum latiùs Zacch. *l. 1. q. 3. num. 64.* prosequitur, ut partus ante nonum mensem editi aliqua in parte non absoluti appareant; nam vel capitis commissuris hiantibus ac hiulcis nascuntur, vel aurium meatibus occlusis, aut minùs patentibus, vel hærentibus inter se manuum pedúmque digitis, ossibus etiam inter se disjunctis, vel adeò tenellis, ut nulla debita duritie dotentur, vel nerveam potiùs substantiam habere videantur, ita, ut cranium interdum, non minùs ac si membranaceum esset, plicari facillimè in nonnullis sit animadversum. Adhæc corpore insuper sunt plurimùm pusillo, tenui, gracili, valetudine debiles, viribus infirmi, ut plerumque nec lac maternum exsugere possint. Dein, si contendas septimum mensem esse sufficientem homini ad acquirendã eam totalem perfectionem, quam acquirere ex sua natura potest, quæque ei ad sanè, securéque vivendum necessaria est, certè nasci supra septimum mensem supervacaneum est, impiáque natura dicenda foret, quæ absque ulla utilitate ùt plurimùm voluerit fœtum duobus, aut tribus mensibus suprà, quàm illi necesse fuisset ad perfectè nascendum, in utero commorari: quæ cùm citra absurdum dici nequeant; cùm DEUS & natura nihil frustrà operetur, fatearis necesse est, neque septimum, neque octavum mensem, utì non sunt consueti nascendi termini, ita nec iisdem partum ita absolvi, defœcaríque, quin à perfectione, quam natura intendit, adhuc in plurimis deficiat. Cùm itaque experientia quotidiana teste partus regulariter nono aut decimo mense, nunquam verò, aut rariſſimè septimo perfectus edi soleat, ex eóque præsumptio capienda sit, non quod rarò, sed quod plerumque evenit; fortiſſima sanè præsumptio insurgit, partum, qui firmus & vegetus est, & in quo nulla, quæ præmemoravimus, imperfectionis signa appareant, non esse pro septimestri, adeóque nec pro legitimè,

& ex illo conjugio nato habendum : cauſæ igitur cognitione opus , membrorum mollities vel firmitas examinanda , peritorum Medicorum, aut obſtetricum judicium exquirendum, quas millenis ſæpè caſibus edoctas latere non poteſt, qualis propè ſingulis menſibus partûs ſit forma & maturitas, quantúmque quoquo menſe ejus efformatio promoveatur. Atque ita pronunciatum eſſe refert Coccej. *loc. cit.* ubi ſcribit, mulieres riſiſſe , cùm audirent , advocatos defendere, partum ſanum ac robuſtum ſeptimo menſe natum videri. Cæterùm & hìc præſumptionem, quam à communi naturæ ordine ducimus , cedere volumus veritati , ſi ea veroſimilibûs argumentîs aliunde adſtrui valeat ; neque etiam intercedimus, quò minùs ſtante qualicunque prudenter dubio, atque rationibus utramque in partem urgentibus pro legitimis natalibus pronuncietur.

23 At inquies, qua fronte ſeptimeſtris partûs natales in dubium vocare liceat, poſtquàm in *l. 12. ff. de ſtat. hom.* publica lege jam receptum fuiſſe teſtatur Paulus, ſeptimo menſe naſci partum perfectum, indéque concluditur, etiam naſci legitimum ? ſed verò nec id nobis fuit conſilium, omnem ſeptimeſtrem partum ùt illegitimum damnare : talem ſolùm eſſe volumus , qui ea membrorum firmitate , & corporis perfectione naſcitur , quales natura nonô aut decimô menſe efficere ſolet ; non ergo illos , in quibus aliqua imperfectæ maturitatis ſigna emineant. Dein reſpondet Coccej. *cit. q. 3.* notanter ibi JCtum dicere , eum juſtum eſſe , qui ex *juſtis nuptiis ſeptimo menſe naſcitur* ; non ergo ſufficit, ſeptimo menſe natum eſſe, niſi & probetur ex juſtis nuptiis procreatus. Item, videtur ibi JCtus duo concludere , & *juſtum* & *filium* eſſe , id eſt, non abortivum : illud ex eo ; quia ex juſtis nuptiis naſcitur , hoc ; quia ſeptimo menſe natus , eóque perfectus, non abortivus dicendus eſt, quod ita authoritate Hypocratis leges noſtræ receperunt. Neque etiam plus ex *l. 3. §. fin. ff. de ſuis & legit. hered.* infertur, quàm quòd partus perfectus (perfectione nimirum initiali ac prima, non ultima , ùt ſæpiùs

piùs à nobis jam dictum fuit) septimo mense edi possit. Dein in *cit. leg.* saltem de eo quærebatur, an in servitute, vel libertate conceptus esset partus, cùm mater ipsius ante centum & octoginta dies esset manumissa; posterius, favore libertatis responsum est, non temerè in præjudicium mariti, & ad casum, ubi de periculo furtivi & suppositi partûs agitur, nisi aliud rerum circumstantiæ suadeant, producendum.

Ut partus post mortem viri, aut aliàs dissolutô matrimo- 24
niô editus pro legitimo habeatur, tempus longissimum & extremum decem mensium completorum à legibus definitum est *d. l. 3. §. pen. l. pen. cod. de posth. hered.* Adeò autem certa hoc tempus fuit mensura legibus nostris, ut in id formulæ, legésque omnes conceptæ sint: unde nota Aquilii phrasis, *si quis mihi nepos in decem mensibus proximis &c.* inde & hoc tempus olim præscriptum fœminis erat, ut lugerent viros; quòd eousque, non ultrà, fœmina ex priore viro uterum ferre posset *l. 11. §. 1.* ibi: *propter turbationem sanguinis*, *ff. de his, qui notantur infam. l. 2. cod. de secund. nupt.* ubi his mensibus duo alii ad supplendum annum luctùs honestatis gratiâ superadditi: atque hocipsum tempus sacris quoque paginis constitutum *Sap. 7. v. 2.* huic igitur consequens est post decem menses, adeóque nec ad initium undecimi natum legitimum censeri, confer Zacch. *lib. 1. tit. 2. q. 6. per tot.* Etsi autem Medicorum fide casus evenerint exquisiti, qui ad undecimum, duodecimum, & ulteriorem mensem fœtum gestari posse ostendant; putat tamen Huber. *ff. de jure person.* eorum, ceu rarissimorum eventuum non esse habendam rationem, neque inde regulam juris inflectendam, aut mutandam esse; cùm ea, quæ bis, aut perrarò accidunt, Legislatores præterire soleant *l. 3. & seqq. ff. de ll. l. 64. ff. de R. J.* durum tametsi videatur mulierem integræ existimationis, seriùs parientem, repellere, & quasi impudicitiæ damnare; multò tamen graviùs Reipublicæ est, usque ad undecimum, vel duodecimum mensem à morte viri legitimum nascendi tempus extendere, atque ita fenestram partubus aperire supponendis,

&

& hereditatibus per occulta ſtupra captandis. Cogitandum eſt, legem ferè nullam eſſe, unde non exquiſitis aliquando caſibus quid iniqui conſequatur, quæ tamen iniquitas publicæ utilitatis conſideratione, quam ex generali legis obſervantia Respublica capit, abundè rependitur.

25 Quid ergo, ſi ſpectatæ pudicitiæ mulier paulò pòſt à mariti obitu, ſe ex eo uterum geſtare, propinquis heredibúsque denunciet, atque ab his tam diligenter obſervata, vel cuſtodita fuerit, ut omnis ſtupri & ſuppoſiti partûs ſuſpicio ſit excluſa, num ex eo tantùm, quod leges ex generali præſumptione decimum menſem pro juſto tempore definierunt, partus ad finem undecimi, vel duodecimi menſis editus pro illegitimo habendus, atque ab hereditate patris ſui arcendus erit? mihi id iniquiſſimum videretur: nam, etſi non neſciam, legem generaliter præſumentem, etiamſi aliquando pro caſu ſingulari præſumptio ceſſet, non deſinere, id tamen omninò limitandum eſſe arbitror, in illis legibus, quæ ex facto naturæ ordinario præſumentes, ſummam involverent injuriam, atque etiam adversùs ipſam naturam ſtatuerent, ſi ea quoque pro caſibus exquiſitis, quibus naturam ſuum exceſſiſſe ordinem liquidò conſtat, obſervanda foret. Res exemplorum inductione fiet clarior. Lex ex naturali præſumptione minorem ſeptem annîs ad ſponſalia, aliósve contractus obeundos inhabilem ſtatuit *§. 9. de inut. ſtipul. l. 14. ff. de ſponſ.* Quòdſi tamen aliquem ante hanc ætatem ſapere contingat, num is ex contractu validè obligabitur? minimè: utì enim legis civilis hanc non ignoramus eſſe poteſtatem, qua natura quoque ad contrahendum habiles inidoneos reddere, eorundémque conventionibus vim detrahere poteſt, ita minores ſeptem annîs ex communi naturæ ordine ad contrahendum inhabiles pronunciando necquidquam aut naturæ contrarium ſtatuit, aut adversùs ſingulos pro caſu præcocis ante ætatem ingenii injuriam inducit: at verò poſt decem menſes alia, quàm natura indubitata fide monſtrat, genitore editum dicere, eidem familiam abrogare, hoc non naturæ ſolùm ad-

ver-

versum, verùm etiam summam adversùs innocuum partum iniquitatem contineret. Similiter etsi pubertas in mare annis quatuordecim, fœminæ duodecim legibus definita sit, quam nec in testamento condendo, nec matrimonio ineundo alicui prævertere licuit; quia tamen experientiâ compertum erat, quibusdam ante hanc ætatem potentiam generandi succrevisse, æquum censebant Pontifices, iis licèt civiliter impuberibus, matrimonii copiam, ceu remedium concupiscentiæ, non fore denegandam *Cap. 3. & 9. de despos. impub.*

Res eò tandem redit, ut partus intra decem menses à 26
morte, vel viri absentia editus ex lege generaliter præsumente pro justo habeatur, donec manifestò injustus esse doceatur; post id verò temporis natus tamdiu illegitimus intelligatur, dum liquidîs argumentîs justus esse probetur. Nonnullis tamen visum est, Justinianum in *Nov. 39. cap. 2.* nascendi tempus produxisse, partúmque ante finem undecimi mensis voluisse legitimum censeri. Sed inspicienti Novellam facilè patebit, non hoc ibi egisse Imperatorem, ut novum agnascendis posthumis terminum statuat, sed factum mulieris commemorans, quæ post obitum mariti undecimo mense perfecto, adeòque initio duodecimi peperit, atque etiam se non ex viro defuncto concepisse satìs impudenter fassa est, indubitatum esse ait, sobolem non ex priori consistere matrimonio; cùm in tantum temporis natura nascendi tempus non extendat: unde à contrario non magìs ad initium, quàm ad medium, aut finem mensis undecimi inferri potest. Quæ enim illa foret illatio à contrario; cùm certum tempus ex facti contingentia proponitur, & ad illud tantùm respondetur, de omni alio tempore contrarium statuere? Et quis, si de duodecimo mense quæstio proposita, & decisa fuisset, inde undecimo mense natos legitimos concluderet? Fatetur tamen Rauchb. *par. 2. q. 24. in fin.* sententiam illam passim crebriori DD. calculo obtinuisse, ut uno alteróve post decimum mensem die editus partus pro legitimo habeatur. Quo facit D. Hadriani decretum, quod refert Gell. *Noct. Atticar. l. 3.*

cap.16. quo partum ad initium undecimi menſis editum legitimum pronunciavit, eò quòd fuerit fœmina bonis atque honeſtis moribus, & non ambigua pudicitia, cujus quoque Stryck. de *ſucceſſ. ab inteſt. diſſ. 1. §. 17.* cautè tamen rationem habendam eſſe exiſtimat, ne malitiæ aperiretur feneſtra; quandoquidem ùt ſcribit Zacch. *cit. q. num. 16.* fieri poteſt, ut partus humanus ex cauſis naturalibus per paucos dies ſupra decem menſes exactos retardetur.

27 Illud monere ſupervaçaneum, ſpatium decem menſium non præcisè à die divortii, vel obitûs mariti, niſi is repentino fato extinctus, vel occiſus fuiſſet, ſed ex conceptionis, vel magìs ab eo tempore numerandum eſſe, quô is procreandæ ſoboli operam dare potuit. Unde ſi liqueret, virum per aliquot ſeptimanas morbi acerbitate confractum ab uxore continuiſſe, non ſufficeret partum decimo poſt mortem teſtatoris menſe editum fuiſſe; cùm hoc caſu mulier undecim aut pluribus menſibus uterum geſtâſſe ſupponenda foret, quod non ferendum ait Juſtinianus in *Nov. 39. cap. 2.* Menoch. *arb. jud. quæſt. lib. 2. caſ. 98. num. 44.* Carpzov. *part. 4. conſtit. 27. defin. 15. num. 5.* Diſſentit Franzk. ad *L. Gallus ff. de lib. & poſth. diſp. 2. memb. 2. ſect. 6. num. 26.* atque hos decem menſes non à conceptionis, ſed mortis die computari debere contendit ob textus in *d. l. Gallus l. 3. §. pen. ff. de ſuis & legit. hered.* verùm hoc admiſſo, quòd partûs tempus in unum alterúmve diem undecimi menſis prorogari poſſit, facilè putat Stryk. *cit. loc.* hanc diſcordiam conciliari poſſe: ſi enim præcisè à tempore mortis computentur decem menſes, undecimeſtris verò partus à tempore conceptionis, vel aliquot diebus ante mortem, in eodem termino convenient.

28 Hos autem menſes ex inſtituto Græcorum, à quibus Decemviri leges ſuas acceperunt, non Solares, ſed Lunares fuiſſe putat Hottomannus *lib. 9. obſerv. 9.* ſed ſolares, id eſt, triginta dies pro menſe uno computari debere multis commonſtrat Carpz. *lib. 3. reſp. 111.* ídque paſſim receptum eſſe, maximè ſi ita computari favor prolis ſuadeat, teſtis eſt Lauterb. *ff.*

tit.

tit. de his, qui sui vel alien. §. 13. Verùm Zacch. *lib. 1. tit. 2. q. 2. num 28.* observat, illam computationem, qua in singulos menses triginta dies numerantur, adeóque annus ex 360. diebus conficitur, neque ad solarem, neque ad lunarem pertinere, sed illa juris positivi, & in negotiis civilibus constituta est, ut quoties mensium in iis fit mentio, singuli triginta diebus constent; cùm aliàs jus inæquale juxta menses inæquales foret: unde plerique JCtorum voluerunt Hyppocratem, qui septimo mense, id est, die centesimo octogesimo natum, vitalem pronunciat, non lunares menses; cùm curriculum lunæ quatuor septennariis circumscriptum sit, sed solares ex eo intellexisse, quòd aliàs dimidium anni lunaris superaretur à prædicto numero dierum 182. quinque aut sex diebus. In proposito autem quidquid sit, de anni ratione sufficit, quòd dimidius annus, id est 182. dies partui perfecto definiti sint, quibus si semis diei addatur, semissem nostri anni ex 365. diebus consistentem efficient. Unde non parvum sententiæ eorum, qui computatis in singulos menses triginta diebus partum ad initium undecimi mensis natum legitimum pronunciant, robur accedit, quòd hi superadditi & intercalati dies aliquot ad explendum mensium solarium numerum pertineant.

Quid si mulier, annô luctûs neglectô, brevî pòst ad alia 29
vota transeat, eóque tempore pariat, quo ex utroque marito partus esse potuit, mense putà nono aut decimo à morte viri, septimo verò à nuptiis contractis computando, cujus hic partus censendus est? Sunt, qui volunt pro utriusque mariti filio habendum, & ad utriusque hereditatem admittendum. Alii tribuunt proli jus eligendi patrem, quem velit. Sed cùm prior opinio impossibilis, altera ridicula sit; aliis visum est, partum nullius mariti liberis ob incertitudinem accensendum *arg. l. 3. §. 7. ff. de adim. leg.* quasi non jus quidem ei deficeret, sed probatio *arg. l. 30. ff. de test. tut.* Verùm cùm iniquitate plenum foret filium ex justis nuptiis susceptum illegitimorum ordini adscribi, eúmque sui parentis hereditate

sinè culpa sua privari, Voëtio ad *Pand. tit. de his, qui sui ve alien. jur.* placet, secundo marito partum attribui, non eo tantùm casu, quo prior maritus, morbô diutiùs fractus ab uxore continuisse præsumi potest, verùm etiam si repentè extinctus exiguo ante obitum tempore procreationi operam dare potuit; quia ob generalem præsumptionem, quâ mense septimo partus perfectus prodire potest, eúmque patrem censeri, quem nullô impeditum obstaculô, uxoríque cohabitantem justæ nuptiæ demonstrant, is ferendus non est, qui filium domi suæ natum pro suo non agnosceret *l. 6. ff. eod.* tum quia partûs fortè à priori marito concepti non ignarus *l. 19. ff. de R. J.* nihilominùs contraxit, & sic incertitudinis, ac confusionis hujus causa extitit, ob quam culpam magìs ei onus agnoscendi filium, quàm innocuo prædefuncto subeundum est. Verùm ex iis, quæ hactenus de perfectione partûs septimestris liberaliùs à nobis disputata sunt, cuique pronum erit conjicere, nos simpliciter cum Voëtio facere non posse, qui potiùs censemus, rem totam ex qualitate partûs, atque adeò prudenti judicis arbitrio definiendam esse, qui collatis inter se singulis rerum circumstantiis maturo consilio statuat, quid sibi æquiùs, & communi nascendi ordini convenientiùs visum fuerit. Sed nec temerè eorum cum Voëtio puto rejiciendam esse sententiam, qui ex vultu partûs ac lineamentis, hunc vel illum maritum magìs referentibus, dignosci volunt, hujus an illius filius habendus sit? etsi enim hoc fundamentum peremptorium ipsi haud agnoscamus, neminem tamen, qui traducem seminis virtutem, & quæ communiter à natura fiunt, expendit, arbitror facilè negaturum, id saltem inter non minima adminicula, quod etiam judicem in dubio hærentem impellere possit, censendum esse Tyraquell. *leg. connub. 7. gloss. 1. part. 7. num. 52.* Bach. *vol. 1. disput. 2. thes. 5. lit. F.* Quòd si verò ponas uxorem, non unius mensis spatiô interjectô, mox ad alias nuptias festinâsse, ut partus respectu prioris mariti decimo, posterioris non nono mense editus fuerit, faciliùs in dubio præsumi potest eum ex hoc, quàm priori natum esse,

esse, cum quo an brevi adeò ante mortem tempore cohabitaverit, minùs constat, præsertim morbi aliísque impedimentis accedentibus. Satìs de hoc argumento, nec tamen pro dignitate satìs. Rationum momentis res videbatur penitiùs examinanda esse, quam à plerisque nudis auctoritatibus definiri animadvertimus.

An per agnationem posthumi, ruptô testamentô, lega- 30
ta hodie post *Nov. 115.* subsistant? plenius ad finem §. 1. excussum est: nec non altera quæstio decisa, quòd posthumo iterum decedente testamentum jure prætorio reconvalescat, scilicet, si vivo patre is mortuus sit; nam si post ejus obitum posthumus agnascatur, *evidentissimi juris esse* rescripserunt Impp. in *l. 2. Cod. de posth. hered. ruptum testamentum non restitui, quamvis natus illicò decesserit.*

§. IV.

De Liberis Legitimatis, Legitimis & Naturalibus heredibus instituendis.

Summaria.

1. Legitimati per subsequens matrimonium non minùs, quàm legitimè nati heredes instituendi. 2. Quod & de nepote per matrimonium avi legitimato procedit. 3. Similiter legitimatio per Rescriptum Principis suis requisitis instructa, jus suitatis operatur. 4. In quo rem sior hujus, quàm illius legitimationis effectus consistat? 5. Legitimi tantùm, seu adoptivi, quando necessariò heredes instituendi? 6. Mater liberos naturales heredes scribere tenetur. 7. Non æquè pater. 8. Ex damnato complexu nati nec à patre, aut matre heredes institui possunt.

LEgitimati alii sunt per subsequens matrimonium, alii per 1
Rescriptum Principis. Illi non minùs, quàm liberi ex justo thoro suscepti, vel nominatim instituendi, vel exheredandi sunt, adeò, ut ipsîs silentio omissîs testamentum ipso jure corruat *Nov. 12. cap. 4. in fin.* vel si legitimatio post conditum testamentum contingat „ex quasi agnatione rumpatur: ratio est, quia hi tales legitimati jura suorum here-

dum nanciſcuntur *§. 2. J. de hered. quæ ab inteſt. defer.* ut ſub poteſtate patris ſui conſiſtant *Nov. 74. cap. 2.* nihil à legitimis filiis differentes *Nov. 89. cap. 9. §. 1.* ſi modò liberi legitimandi nuptiis patris ſui non contraxerint; adeóque, ne inviti patriæ poteſtati ſubdantur, in ſuam legitimationem diſſenſerint; tunc enim, ſi quidam ex pluribus ſint, qui legitimari eligant, alii, qui reſpuant, hi ſaltem, qui id fieri cupiunt, legitimabuntur, aliis diſſentientibus IN JURE NATURALI MANENTIBUS *Nov. 89. cap. 11. §. 1. nam*, ùt rationem Imp. in *d. Nov. princ.* reddit, *ſi jus patriæ poteſtatis invitis filiis ſolvere non eſt permiſſum patribus, multò magis ſub poteſtatem redigere invitum filium & nolentem, tanquam ſortem paternam metuentem juſtum non eſt l. ult. ff. de his, qui ſui, vel alien. jur.* Atque ut ſimul occurramus objectioni; eſt quidem ea legitimandi vis ipſi tributa matrimonio *cap. 6. qui fil. ſint legit.* ſed tamen, ut hunc effectum in liberis exerat, eorum conſenſus, velut *conditio ſine qua non* à legibus noſtris deſideratur. Neque contrarium huic Juſtinianus ſtatuiſſe videtur in *Nov. 74. in fin. princ.* ubi filii naturales matrem occultârunt, eóque auferre conati ſunt patri occaſionem eos legitimandi, quaſi ducta matre filii neceſſariò efficerentur legitimi. Nam pater ibi eo conſilio liberos legitimare intendit, ut ab uxore, quæ divitias nactaerat, conſequeretur jura dotis, & uſumfructum bonorum; filii autem non legitimationem, quæ ipsîs invitîs non procedebat; ſed nuptias metuentes, & ne uſusfructus bonorum matre mortua ad patrem perveniret, eam occultabant.

2 Sed & nepotem, ducta ab avo muliere, ex qua filium antè naturalem ſuſtulerat, licèt is jam in fata conceſſerit, hoc effectu legitimari poſſe, ut is heres neceſſarius avo ſuo efficiatur, communiter receptum eſt Plur. Reverend. Clariſſ. ac Colend. D. Collega P. Placidus Böckhn *lib. 4. Decret. tit. 17. §. 2. num. 27.* Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Collega D. Peregrini ad *Inſt. tit. de nupt. part. 3. §. 1. num. 50.*

3 Legitimati per Reſcriptum Principis jura ſuorum, legitimæque ſucceſſionis conſequuntur, ſi ſequentia concurrant.

Pri-

Primò, ut legitimentur, ſobole legitima non extante: nec enim Princeps præſumitur in præjudicium aliorum liberos naturales legitimis natalibus reſtituere, eo ſcilicet effectu, ut commodum futuræ ſucceſſionis legitimè natis imminuat: quòdſi, hîs jam antè legitimatîs, patri ſoboles legitima ſupervenerit, ob id quæſitum ſemel ſuitatis jus legitimatis non ſubvertitur, ſed hi æqualiter cum legitimè natis ſuccedunt: non enim eſt novum, ut, quæ ſemel utiliter conſtituta ſunt, durent, licèt ille caſus extiterit, à quo initium capere non potuerunt *l. 85. §. 1. ff. de R.J. §. 1. Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſt. l. 20. ff. de ſtat. hom.* Nec tamen dubitandum, quin Princeps, extante etiam legitima ſobôle (quamquàm, ſi de jure communi ſermo ſit, Romani Principes id nunquam inſtituerint) natales legitimos naturalibus impertire, atque etiam commodum ſucceſſionis paternæ iisdem tribuere poſſit, ſi modò in libello ſupplici extantium legitimorum facta mentio, atque ex Reſcripto deſuper obtento de animo & voluntate Principis liqueat, quod in hunc quoque effectum eos legitimare intenderit: cujusmodi voluntatis argumentum apparere volunt ex adjecta clauſula, *non obſtante*, quòd liberi extent legitimi; quoniam tali caſu Princeps anterioribus liberis non tam tollit jus ſucceſſionis quæſitum, ſed magìs reſtringit commodum hereditatis quærendum, quod is eò minùs ad preces patris ex certa ſcientia facere prohibetur; cúm parens ipſe de bonis ſuis pro lubitu in ſuos diſponere valeat, ſuísque præter legitimam ampliùs relinquere non teneatur. Aliàs legitimationem, extantibus liberis ſimpliciter impetratam, non jus ſucceſſionis, ſed legitimos duntaxat natales operari communiter volunt; eò quòd Princeps in dubio non facilè cenſeatur aliis præjudicium irrogâſſe arg. *l. 4. cod. de emancip. liber.* Gail. *lib. 2. obſ. 142. num. 7. & ſeqq.* Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 1. §. 74.* Secundò requiritur, ut ex voluntate patris legitimatio procedat; cùm invito ſuus non debeat obtrudi heres *§. 7. Inſt. de adopt. princ. Inſt. de nupt.* adeóque neceſſe eſt, ut pater, qui filium legitimari cupit, Principi ſupplicet. Quòdſi mor-

mortuo jam patre ipſi liberi legitimos natales impetraverint, hoc liberis anteà legitimis, vel etiam agnatis, quibus patris jam fuit delata hereditas, non ampliùs obeſſe, nec iis per legitimationem ſubſequentem jus ſucceſſionis quæſitum auferri poteſt; niſi fortè liberi per teſtamentum, alióve modô probaverint, patrem liberos ſuos legitimationi deſtinâſſe, ſed mortalitate præventum, vel aliàs rogare impeditum, id perficere non potuiſſe; tum enim, ſi legitimationem obtinuerint, agnatos excludent; quoniam ipſe pater eos potuiſſet teſtamento ſuo removere. Quòdſi vivo patre, ſed eo inſcio, aut non adſentiente liberi legitimationem obtinuerint; probabiliùs eſt, eos patri ſuo heredes non effici, ſed nec agnatis ab inteſtato venientibus obſtare, quo minùs ad hos detracta ſaltem ea portione, quæ tunc liberis naturalibus legitima ſobole deficiente debetur, hereditas devolvatur; quoniam ad hoc, ut patri ſuo heredes efficiantur, ubique in LL. noſtris ejus in legitimationem conſenſus requiritur *Nov. 89. §. 1. & cap. 10.*

4 Notat tamen hic Vinn. *Inſt. tit. de nupt. §. ult. num. 6.* Gerard. Nood. *ff. de bis, qui ſui, vel alieni jur. in fin.* Voët. ad *Pand. l. 25. tit. 7. num. 15.* remiſſiorem eſſe effectum legitimationis per Reſcriptum Principis, quàm illius, quæ fit per ſubſequens matrimonium; quoniam poſteriori modo legitimatus non tantùm ſoli patri legitimus efficitur, ſed talis etiam reſpectu omnium conſanguineorum habetur, *ſemel enim*, ùt ait Imp. in *Nov. 98. cap. 8. princ. eos efficientes legitimos damus, habere etiam ſucceſſiones illas, quas habent ii, qui ab initio legitimi ſunt*; cùm contrà priorî modô legitimatus uni patri, non aliis, niſi qui in id conſensêre, pro legitimo habeatur, argumento illius, quod alibi idem Imp. de oblatis curiæ expreſſit in *l. 9. princ. cod. de naturalib. lib.* neque enim abſurdum, aliquem vel certo reſpectu aut effectu legitimum, alio illegitimum reputari Gail. *d. obſerv. 142. num. 6. in fin.* Neque tamen ea res quoad collaterales (nam de aſcendentibus ob rationem *§. 7. Inſt. de adopt.* & *l. 6. ff. eod.* res plana eſt) ſcrupulo vacat: cùm enim legitimati

per

per Reſcriptum Principis jura agnationis conſequantur, perindéque habeantur, ac filii ex juſto thoro legitimi *Nov. 89. cap. 9. §. 1.* ibi: *nihil à legitimis filiis differentes*, ratio ſanè diſcriminis non apparet, cur quilibet adoptati, hodie ſaltem arrogati; tametſi in eorum adoptionem agnatorum conſenſus non acceſſerit *l. 7. ff. eod.* magìs ad ſucceſſionem collateralium ex jure agnationis *§. 2. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* quàm per Reſcriptum Principis legitimati admittendi ſint? Neque id agnatis grave poteſt accidere, qui non ignari, hoc eis à lege beneficium ſucceſſionis tributum, poſſent illos conditô teſtamentô excludere; unde eo prætermiſſo non inviti intelliguntur, ipſis ab inteſtato hereditatem reliquiſſe Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 3. cap. 1. §. 34. juncto §. 42.* Eſt & altera inter utrumque legitimandi modum differentia, quod per ſubſequens matrimonium legitimatus ubique pro tali habeatur; talis autem per Reſcriptum Principis effectus in ſolo legitimantis territorio. Patentiorem quoque legitimationis effectum eſſe, quæ fit à Comite Palatino auctoritate Imperatoris, quàm quæ à Principibus Imperii vi juris ſuperioritatis territorialis fieri ſolet, latiùs exequitur Stryck. in *uſu moder. ff. tit. de his, qui ſui vel alien. jur. §. 15.* quod præcipuè notandum, ſi pater bona immobilia in diverſis territoriis ſita habeat, ubi ſucceſſio terminatur ſecundùm cujusque loci jura & ſtatuta, de quo conſule Voët. ad *ff. de ſtatut.* Clariſſ. D. Franz p. m. ad *Inſt. tit. de nupt. part. 4. in fin.*

Legitimi tantùm, ſeu adoptivi ſunt vel in ſpecie tales, 5
vel arrogati. Priores, ſiquidem ab extraneo adoptati ſint, heredes ei neceſſarii non efficiuntur, adeóque ſalvîs teſtamenti tabulîs præteriri poſſunt; cùm talis adoptio hodie ampliùs nec patriam poteſtatem operetur, aut familiam tribuat, nec adoptatum à patris ſui naturalis eximat poteſtate *§. 2. Inſt. de adopt. l. 10. §. 1. cod. eod.* cujus in hoc uno effectus nunc reſidet, quòd adoptato jus ſucceſſionis ab inteſtato largiatur *d. l. 10.* Idem de illis, qui à matre ex indulgentia Principis adoptantur, aſſerendum *§. 10. Inſt. eod.* Contrà, qui ab aſcenden-

tium aliquo v.g. avo materno filius adlegitur, vel ab alio auctoritate Principis arrogatur, jus ſui heredis conſequitur; adeóque neceſſariò inſtituendus eſt; cùm in ejus adhuc tranſeat poteſtatem; unde nec olim patri natutali ſucceſſerat *d. l. 10.* quod tamen hodie, quidquid in contrarium moveat. Bach. ad Treut. *vol. 2. diſp. 16. theſ. 2. lit. I. in fin.* per *Nov. 118.* impedimentô emancipationis generaliter ſublatô, mutatum eſt; adeóque non minùs; quàm filius emancipatus ex præcepto *Nov. 115. cap. 3.* neceſſariò à patre naturali vel inſtituendus, vel exheredandus eſt. Illa verò inter ſuos & emancipatos ſublata differentia ſaltem in liberis naturalibus procedit, ſeu illis, in quibus etiam poſt ſublatum civile vinculum adhuc naturalis neceſſitudo permanet, quam Imp. voluit ad jus ſucceſſionis efficax eſſe. Aliud igitur in adoptivis dicendum, in quibus diſſoluto per emancipationem civili vinculo aliud nullum ſupereſt, ex quo hereditati patris quondam adoptivi admoveantur; niſi ſit ab aſcendentium aliquo adoptatus, qui etiam reſecta per emancipationem adoptione eidem, matre ſcilicet mortua, in cujus locum ſucceſſit, gradu ſit proximus.

6 Liberi illegitimi ſunt vel ex thoro ſimpliciter prohibito, vel quem leges ſpecialibus pœnis notârunt. Priores, cujusmodi ſunt naturales & ſpurii, à matre, aliísque maternæ lineæ aſcendentibus neceſſariò heredes inſtituendi ſunt, adeò, ut hîs præteritîs teſtamentum (olim querelâ inofficioſi reſcindendum *l. 29. §. 1. ff. de inoff. teſt.*) hodie poſt *Nov. 115.* ipſo jure nullum ſit; cùm hactenus in ordine ad ſucceſſionem cognatorum nulla inter naturales & legitimos ſit differentia. Manz. de *teſtam. valid. tit. 8. num. 232. & ſeqq.* niſi fortè mater illuſtris ſit, eíque ſoboles legitima exiſtat, quo caſu ſpurii, id eſt incerto patre geniti, non naturales, quos dicimus, ab ejus hereditate excluduntur, adeò ut, quod in *l. 5. Cod. ad SC. Orphit. in fin.* dicitur, *neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, neque ex liberalitate inter vivos habita juſtîs liberîs exiſtentibûs aliquid penitùs ab illuſtribus matribus ad ſpurios perveniat.*

Pa-

Patri liberos naturales nulla inſtituendi neceſſitas incum- 7
bit, quibus ſaltem alimenta ex ejusdem hereditate ſecundùm ſubſtantiæ menſuram boni viri arbitratu præſtanda ſunt *auth. licèt Cod. de natur liber. Nov. 89. cap. 12. §. 6.* Quin ne quidem effuſa patri hujusmodi liberis, ſi alii adſint legitimi, benefaciendi facultas conceſſa eſt, qui tum ſaltem unam iis unciam, vel ſi concubina ſola ſit, ei ſemunciam per teſtamentum, vel inter vivos donare poteſt *l. 2. Cod. eod.* aliàs ſobole legitimè deficiente, ſalvâ aſcendentibus legitimâ, totam his ſubſtantiam relinquere non prohibetur *arg. l. fin. Cod. eod.* quo etiam in caſu, ſi inteſtatus pater mortuus, nec ei ſoboles, aut legitima uxor extiterit, ſaltem hereditatis paternæ ſextantem capiunt cum eorum matre in capita dividendam *d. auth. licèt Novell. 18. cap. 5.* Sed inquies, ut quid patris uxor naturales ab ejusdem hereditate removeat, cùm ei nulla regulariter, niſi omni agnatione deficiente ſucceſſio debeatur? ut meritò videri poſſit, exceptione, *tua non intereſt*, repellenda. Nobis alia hujus ratio non liquet, quám quod in *l. 5. Cod. ad SCtum Orphit.* in ſimili caſu dicitur, ſatis injurioſum, ſatísque acerbum legitimæ uxori accidere poſſit, liberos naturales viri ſui heredes conſpicere.

Liberi poſterioris generis, ùt ſunt nefarii, inceſtuoſi, 8
adulterini, ſacrilegi &c. planè à legibus projiciuntur, nec ad paternam maternámque hereditatem (niſi fortè ex putativo matrimonio, atque ab uno ſaltem contrahentium bona fide ac ſinè notitia latentis impedimenti inito, nati fuerint *cap. 2. & 14. qui fil. ſint legit.)* tam ab inteſtato quàm ex teſtamento admittuntur *auth. ex complexu Cod. de inceſt. nupt.* imò ne quidem, ùt ait Imp. in *Nov. 74. in fine Nov. 89. cap. ult. in fin.* à parentibus alendi; quod tamen de alimentis civilibus, quæ juxta menſuram paternæ dignitatis & ſubſtantiæ definiantur, non de naturalibus, ſummè neceſſariis, ſinè quibus alioquin liberis interire neceſſum foret, communiter intelligi volunt: hæc enim generaliter liberis, cujusmodi generis ſint, naturali præcepto à parentibus præſtanda ſunt *arg. l. 4. ff. de agnoſ.*

& alend. liber. quod ipſum in parente ab hujusmodi liberis alendo in *Nov. 12. cap. 2.* Imp. reſcripſit: *paſcentes autem eum, & alia neceſſaria præbentes:* nam *licèt legum contemptor & impius ſit, tamen pater eſt.* Alii prædictis liberis negari alimenta contendunt, quæ petant tanquam beneficium legis, utì id poſſunt naturales, non quæ eis in caſu neceſſitatis officio judicis decernantur, quod & indigitâſſe videtur Pontifex in *cap. 5. in fin. de eo, qui dux. in matr.* ibi: *ſolicitudinis tamen tuæ intererit, ut liberis neceſſaria ſubminiſtret.*

§. V.

De Parentibus & Fratribus heredibus inſtituendis.

SUMMARIA.

1. Deſcendentibûs deficientibûs neceſſariò Aſcendentes heredes inſtituendi, ubi Negantium fundamentum adducitur, eorum inſtitutionem ad valorem teſtamenti non requiri. 2. Sed contraria ſententia propugnatur. 3. & ſeqq. Frater an fratri heres neceſſarius? 6. An conjunx?

1 QUòd ſi nulli deſcendentes teſtatori extiterint, aut ſaltem ab ejus ſucceſſione excludantur, neceſſarii ei heredes efficiuntur aſcendentes cujuscunque ſexûs & gradûs, atque ex eorum ordine is, qui proximum in ea linea gradum incolit; nam & ſi, ùt ait Papinianus in *l. 15. princ. ff. de inoff. teſt. parentibus non debeatur filiorum hereditas propter votum parentum, & naturalem erga filios charitatem; turbato tamen ordine mortalitatis non minùs parentibus quàm, liberis piè relinqui debet.* Verùm an hi ea legis neceſſitate inſtituendi vel exheredandi ſint, ut teſtamentum his præteritis nullum ſit, an ſaltem querelâ inofficioſi evertendum? inter DD. controverſum eſt. Zoëſii ad *ff. tit. de lib. & poſth. num. 33.* Magnif. P. Franc. Schmier p. m. *l. 3. tract. 4. num. 168.* poſteriùs Affirmantium, præcipua ratio eſt, quod de jure veteri teſtamentum, in quo parentes præteriti, valebat; nec ullus textus proferri poſſit, quo vel eorum inſtitutio in teſtamento liberorum pro valore requiratur,

tur, vel iis præteritis teſtamentum nullum declaretur; imò diſertè matri præteritæ in *l. 17. Cod. de inoff. teſtam.* nec non patri in *l. 14. ff. eod.* querela inofficioſi, eidémque in *l. 29. §. 1. ff. de teſt. milit.* ſi ipſe manumiſſor filii extiterit, bonorum poſſeſſio contra tabulas accommodetur, liquidô argumentô, teſtamentum hac præteritione non vitiari, ſed tantùm reſciſſioni fieri obnoxium: etſi enim, ùt in *l. 15. princ. ff. de inoff. teſtam.* dicitur, parentibus non minùs, quàm liberis hereditas relinqui debeat, nihilominùs tamen iſta æquiparatio non abſoluta, ſed reſpectiva cenſetur, ſcilicet, ut idem utrique habeant jus quoad effectum, non verò quoad remedium ſuccedendi: quod non obſcurè idem JCtus indicat in verbo *piè*, quaſi videlicet officium pietatis, non autem juris civilis abſoluta neceſſitas parentes inſtitui flagitet. Neque hactenus à jure veteri receſſiſſe videtur Juſtinianus in *Nov. 115.* dum ibidem in *cap. 4. princ.* quæ antè de parentum teſtamentis diſpoſuit, hæc eadem ſe in liberorum quoque teſtamentis diſpoſita velle expreſſit: neque enim hoc ſimpliciter ſtatuit, ſed id notanter adjecit, *cum aliqua diſtinctione*, quæ diſtinctio non tantùm eſt in numero cauſarum, ſed etiam in illo, quòd præteritio vel exheredatio parentum, ſi hi alio titulo legitimam ſalvam habeant, non inducat nullitatem; ſaltem hoc ibi voluit Imp. ut ne *liberi parentes ſuos omninò à ſuis bonis alienent*; non alienat autem omnino, qui aliquid eis relinquit quocunque demum titulo. Igitur *hæc eadem*, quæ in liberorum & parentum teſtamento ab Imp. diſpoſita ſunt, pertinent ad effectum & formam exheredationis, parentibus & liberis in expreſſione & probatione cauſæ communem, non etiam, ut legitima illis, perinde ùt liberis, neceſſariò inſtitutionis titulo relinquenda ſit; id enim nullibi diſertè expreſſum eſt, adeóque ejus deciſio ex jure veteri, quod hactenus apertè abrogatum non eſt, petenda, legísque novæ ea interpretatio facienda, ut quàm minimum veteris juris correctio inducatur.

Verior tamen, & non modò communi Interpretum aſ- 2
ſenſu, atque præjudiciis paſſim firmata, ſed etiam Imperato-

ris menti conformior videtur esse sententia, quæ hodie parentum quoque institutionem ad valorem testamenti necessariam esse contendit Manz. *de testam. valid. tit. 9. q. 1. num. 4.* Stryck. *de caut. testam. cap. 17. memb. 1. §. 35.* Non liquidius hujus sententiæ fundamentum est, quàm quod ipsa *Nov. 115. cap. 4. & 5.* suppeditat. Ubi, postquam in *cap.* præcedenti Justinianus sanciviſſet, *non licere patri aut matri liberos suos præterire, aut exheredes suô facere testamentô, nec si per quemlibet modum eis dederit legibus debitam portionem; hæc eadem* in *cap. 4. justum censebat in liberorum quoque testamentis disponere*, quibus non minùs *licere voluit, parentes suos præterire, aut quolibet modo eos à bonis suis alienare.* Manifesta ergo Imperatoris mens fuit, ut tam parentes, quàm liberi ab injuria *PRÆTERITIONIS* imunes essent; ùt îd disertè in *cap. 5. princ.* declaravit. Si autem injuriam reputavit Imperator liberis illatam, qui titulô institutionis honorati non sunt, hanc & in parentibus eum censuisse credendum est: cùm institutus dici nequeat, qui titulô v. g. legati legitimam habet, ergò præteritum eum esse oportet; atqui parentibûs præteritîs, vel sinè causa exheredatîs testamentum nullum est *cap. 4.* ibi: *si autem hæc omnia non fuernit observata*, hoc est, si parentes non instituti, vel sinè causa exheredati, *nullam vim hujusmodi testamentum, quantùm ad institutionem heredum habere sancimus.* Et facit, quod in eodem *cap. 5.* Imp. mox addat, *cæterùm, si qui heredes fuerint nominati, etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti, hoc casu testamentum nullatenùs solvi*, quod ad liberos æquè ac parentes, utpote de utrisque sinè discrimine scriptum, pertinet. Quod igitur in *cap. 4.* Imp. dixit, se hæc eadem in liberorum testamentis cum *aliqua distinctione* disponere, saltem ad distinctionem, numerúmque causarum pertinet; quoad has enim distinctio clara, & in textu expressa est, minimè ad formam vel effectum præteritionis vel exheredationis: nam ut hactenùs in illa liberorum, parentúmque generali æquiparatione distinctionem latere dicamus, planè divinatorium, atque à mente Imp. alienum est, ùt id constat ex *cit. cap. 4. si autem hæc omnia*; junctô

cap.

cap. 3. in verbis: *ſi autem hæc obſervata non fuerint.* Ex quibus manifeſtè ſequitur, eundem tum liberîs, tum parentibûs præteritîs effectum nullitatis Imperatorem induxiſſe, prout id latiùs infrà *cap. de exheredat.* exequemur. Manifeſtè ergo apparet Juſtinianum hactenùs jus vetus corrigere, & non minùs parentes, quàm liberos titulô inſtitutionis honorari voluiſſe; quamquàm non deſint, qui cum Manz. *cit. loc. num. 9.* & ibi allegatis Gomez. & Jul. Clar. tueantur, teſtamentum, in quo filius in poteſtate exiſtens patrem præteriît, etiam antiquitùs ipſe jure nullum fuiſſe, cùm textus ſuperiùs allegati ſaltem loquantur de filiis emancipatis, quam litem in præſentiarum noſtram non facimus.

An filius miles, vel alii in peculio caſtrenſi, vel quaſi pa- 3
rentes ſalvis teſtamenti tabulis hodie præterire poſſint? infrà ſub capite de querela inofficioſi deciſum dabimus. Quemadmodùm & ibi liberaliùs deducemus, quando frater fratri heres neceſſarius exiſtat? cujus ſumma eò redit, quòd frater nunquam ad valorem teſtamenti heres neceſſariò inſtituendus ſit. Vel enim honeſta perſona heres inſtituta eſt, & fratri omnis via, quâ teſtamentum ſubvertat, occluſa eſt; atque eo caſu locum obtinet, quod dicitur, fratrem à fratre etiam ſinè cauſa exheredari poſſe, quia tum nulla ei debetur legitima. Quòdſi turpis & inhoneſtus heres ſcriptus fuerit; tum vel fratri legitima, quocunque demum titulo, relicta eſt, vel is planè ſinè aliquo hereditaris compendio prætervectus? Priori in ſpecie legibus ſatisfactum; quoniam hoc caſu, legitimam cùm habeat, à querela excluditur *l. 8. §. 6. & 8. ff. de inoff. teſt.* nam ut herede turpi ſcripto frater vel heres inſtituendus, vel nominatim exheredandus ſit, nullibi expreſſum eſt, imò ejus ſimplex præteritio pro exheredatione, ac eo habetur, ac ſi nominatim is fuiſſet exheredatus, quo caſu certum eſt, eum, datâ legitimâ, ab inofficioſi actione removeri; cùm dubium nullum ſit, quin & filius olim à matre ſua præteritus, cujus præteritio & ipſa pro exheredatione erat *§. ult. Inſt. de exhered. liber.* ſi legitimam obtinuerit, quiscunque demum he-

res

res ab ea inſtitutus eſſet, à querela excluſus fuerit. Neque etiam quoad fratres, quemadmodùm in parentibus diximus, ut illis legitima titulô inſtitutionis relinquenda ſit, alicubi jus vetus correctum conſtat, prout teſte Stryck. de *caut. teſtam. cap. 16. §. 12. & cap. 17. memb. 1. §. 35.* Berlich. *part. 3. concl. 15. in fin.* Struv. *exercit. 10. lib. 5. tit. 2. theſ. 30.* communis DD. ſchola ſuſtinet. Quòdſi minùs legitimâ ei relictum fuerit, olim querela teſtamentum expugnandum, hodie ſolùm actioni ad ſupplementum locus eſt, quod favore ultimarum voluntatum, ne facilè minori data portione ſubverterentur, noviter conſtitutum eſt *l. 30. cod. de inoff. teſtam.* Poſteriori in caſu, ſive is præteritus, vel exheredatus fuerit, ulteriùs diſpiciendum, juſtam exheredatione cauſam commiſerit, an non? Si illud, rurſus querelâ indignus eſt; ſi hoc, eâdem juvatur, quam legem ei impertiuntur, non ex eo præcipué, quia is præteritus eſt, ſed ad emoliendam contumeliam, quæ eidem prælato turpi herede infertur *l. 27. cod. de inoff. teſtam.* atque ita exaudiendum eſt, quod dicitur, fratri non deberi legitimam per ſe, ſed per accidens ſcilicet ob heredem turpem.

4 Neque tamen hæc noſtra aſſertio à vexatione quorundam immunis eſt, lubet eorum circa hoc argumentum opiniones recenſere, brevíque perſtringere. Sunt igitur, qui cum Jul. Clar. de *teſtam. q. 50. num. 3.* & aliis apud Manz. *cit. loc.* allegatis defendunt, teſtamentum per fratrem reſcindi in totum, tametſi ei aliquid legati nomine relictum fuerit. Pro qua opinione facere videtur I. *l. 3. ff. ſi quis à parente manum.* ubi, ſi turpes perſonas veluti meretrices emancipatus filius inſtituiſſet, totorum bonorum poſſeſſio parenti datur, aut conſtitutæ partis, id eſt, legitimæ portionis, ſi non turpis heres eſſet inſtitutus. II. *l. 27. cod. de inoff. teſtam.* fundatur in odio turpis perſonæ; cùm ergo odium illud ſemper duret, ſive aliquid, ſive nihil fratri relictum ſit, ſemper teſtamentum in totum reſcindetur. III. Quòd præteritus non tantùm dicatur is, cui nihil relictum, ſed etiam, cui aliquid titu-

titulo legati datum fuit ; ergo utroque casu querela fratri competet. Verùm ad I. respondetur *d. l. 3.* loqui de patre emancipato in totum neglecto, utì ex *§. 1. cit. l.* constat ; quo etiam casu nos querelam fratri non negavimus: & plus utique debuisse filium patri manumissori, quàm fratrem fratri, ex eo evincitur, quòd & tum patri contra tabulas possessio detur ad legitimam, quo ei turpis persona non est prælata. Ad II. equidem admitto *l. 27.* in odio turpis personæ fundari, sed inde nihil deteriùs sequitur, quàm ut præteritis fratribus querela detur, quam tamen excludit legitima fratri in casu nostro relicta. Ad III. reponimus, præteritum equidem censeri, qui cùm heres instituendus esset, ei titulô particularî legitima relinquitur, non autem talis potest intelligi, cui quovis titulo legitimam datam esse, legibus sat est. Et generaliter hìc subnotamus, legitimam duplici fine à legibus imperari. Primò, ut per eam excludatur querela inofficiosi. Secundó, ut testamentum à nullitatis quæstione absolvatur. Ad prius sufficit, quocunque titulo legitimam relinqui ; ad posterius insuper exigitur, eam titulô institutionis datam esse *Nov. 115. cap. 3.* cùm itaque fratres præteriti, vel exheredati non possint testamentum fratris ipso jure nullum dicere, sed saltem per querelam id rescindant, sufficit, si hi legitimam quocunque titulo obtineant *l. 33. princ. cod. de inoff. testam. §. 3. Inst. eod.*

Alii cum Sichardo ad *d. l. 27. n. m. 9.* querelam quoque 5
fratri impertiuntur, licèt institutus sit in parte, quæ minor sit legitimâ; putántque *l. 30. cod. de inoff. testam.* saltem corrigere jura filiorum, neque ad fratres extendi posse. Verùm id putant saltem, non probant. Deteriùs sentiunt, qui etiam fratri in legitima, vel etiam ultra ejus quantitatem instituto querelam accommodant, si turpis ei coheres datus fuerit, eò quòd *d. l. 27.* indistinctè loquatur. Verùm, etsi lex ipsa casum instituti, vel præteriti fratris expressè non distinguat, ratio tamen juris & nigri, sub quo hæc lex collocata est, id nos facere jubet : dum enim aliâ, quàm querelæ, viâ fratri non consulitur, oportet eum vel exheredatum, vel præte-

ritum esse; cùm institutis, præsertim in tota legitima, querela nunquam competat. Quid, quod ipsi liberi, quibus coheres maculâ notatus adjungitur, nullam querendi testamentum habeant facultatem, ut multò minús ea fratribus concedenda sit.

6 Quæres, an non etiam conjuges aliquo in casu se invicem instituere teneantur? Respondeo, ad valorem testamenti id minimè cautum esse: quia tamen Justinianus in *Nov. 117. cap. 5.* & *auth. præterea Cod. unde vir & uxor.* constituit, ut, si matrimonium indotatum fuerit, & conjunx præmoriens dives, superstes autem inops, tunc hic unàcum liberis, & quidem in quartam partem, si tres vel pauciores sint, sin verò plures, in portionem virilem, servata liberis proprietate succedat, hîs verò non extantibûs etiam dominiô portionis suæ potiatur, consequens est, ut hæc portio, quamquàm ea expressè ad valorem testamenti relinqui non debeat, minimè tamen testamento auferri, vel minui possit *arg. l. 8. §. 15. ff. de inoff. testam.* sed ea à superstite conjuge velut æs alienum, sibi à provisione legis destinatum ex bonis prædefuncti, quin etiam ex bonis mariti confiscatis peti possit. Gail. *lib. 2. observ. 68. num. 17.* Berlich. *part. 3. concl. 9. num. 4.* Schneidew. *rubr. de succeff. inter vir. & uxor. num. 17.* Qua, inquis, actione? alii condictionem ex lege, alii extraordinariam bonorum possessionem *t. t. ff. ut ex legib. bon. poss. det.* alii pro habili casu utilem familiæ erciscundæ actionem impertiuntur *l. 2. §. 1. ff. fam. erciscund.*

CAPUT II.

De Exheredatione Liberorum, Parentum & Fratrum.

SUMMARIA.

1. Exheredatio ad quos pertineat? 2. Alia dicitur notæ causâ, alia bona mente fieri. 3. Infans hodie amplius exheredari negnit. 4. Requisita exheredatio-

nis

nis de jure veteri. Ut fiat nominatim & purè, item â tota hereditate, nec non 5. & 6. à toto gradu 7. ex certa ſcientia & conſultò, item in teſtamento. 8. Horum, ſi quid prætermiſſum fuerit, exheredatio ipſo jure nulla eſt. 9. Jure Novellarum inſuper neceſſe eſt, ut fiat ex cauſis in Nov. deſcriptis, eáque nominatim in teſtamento exprimatur, ac ab herede probetur. 10. Recenſentur cauſæ exheredationis, quæ ad liberos pertinent. Injuria realis. 11. Verbalis. 12. Accuſatio criminalis. 13. Societas cum maleficis. 14. Inſidiæ capitales. 15. Violatio thori paterni. 16. Grave damnum ob delationem judicialem. 17. Si parentes è carcere non liberaverint. 18. aut teſtari impedierint. 19. Societas cum arenariis & mimis. 20. Quid de perſonis comicis? 21. Filia luxurians. 22. & ſeqq. Sinè patris conſenſu an nuptiæ jure civili validæ fuerint? 25. An hodie exheredationis pœna in liberos, invitis parentibus nubentes, licitè ſtatuatur. 26. Si furioſum neglexerint, & quatenus. 27. hoc extendendum? 28. Si captivum non redemerint. 29. Quid hodie? 30. Hæreſis, & quænam in noſtro imperio, ubi notatur Voët. 31. & 32. Dubium circa hunc, aliósque caſus heredum incapacium. 33. & ſeq. De pœnitentia filii ingrati. 35. De remiſſione parentis. 36. Cauſæ exheredandi parentes, earúmque cum ſuperioribus convenientia. 37. Fratres ex pluribus, quàm tribus cauſis exheredari poſſe oſtenditur. 38. & ſeqq. An ex ſimilibus, vel gravioribus cauſis, præter enarratas in Nov. exheredatio procedat? 41. & ſeqq. Si cauſa non expreſſa, vel probata fuerit, an teſtamentum nullum, vel querelâ inofficioſi expugnandum?

EXheredatio ſumitur vel ſtrictè, vel paulò latiùs. Strictè 1
accepta ad eos duntaxat pertinet, qui ad valorem teſtamenti neceſſariò heredes inſtituendi, vel exheredandi ſunt; quales olim erant liberi in poteſtate exiſtentes, hodie etiam emancipati & parentes. Latiùs ſumpta illos includit, quibus debetur legitima, qui etſi neceſſariò ad hoc, ut teſtamentum ipſo jure ſubſiſtat, inſtituendi non eſſent, eorum tamen præteritio pro exheredatione erat, adeóque per querelam inofficioſi teſtamentum reſcindere poterant; quales olim fuerunt liberi reſpectu matris, hodie fratres. Eſt ergo exheredatio actus, quo ii, quibus debetur legitima, ab hereditate excluduntur.

Dividitur in eam, quæ fit in odium & injuriam alterius, 2
& dicitur *mala mente*, ſeu *notæ causâ* fieri *l. 18. ff. de liber.* & *poſth. l. 18. Cod. de inoff. teſtam.* & illam, quæ *bona mente*, non notæ causâ fit, ſed ut potiùs liberis exheredatis proſpiciatur

d. l. 18. l. 3. §. 3. ff. de uſur. l. 16. §. 2. ff. de curat. furioſ. l. 67. §. 10. l. 68. ff. de leg. 2. quæ etiam *impropria* dici ſolet; cùm exheredatio hunc in finem introducta fuerit, ut delicta in teſtatorem admiſſa vindicentur, & illi, qui hereditatem exſpectant, metu hujus fulminis, ùt vocat Quintilian. in *declam. 259.* in officio contineantur. Hujus impropriæ exheredationis exempla & effectus, & qualis exheredatio in dubio præſumatur? vide apud Stryck. *uſu moder. l. 28. tit. 2. §. 9. & 10.*

3 Olim cùm ſimplici vel heredis inſtitutione vel exheredatione, etiam ſinè cauſæ adjectione, valori teſtamenti ſatisfactum eſſet, conſequens erat, ut & infantes & poſthumi exheredes ſcribi potuerint *§. 1. inſt. de exhered. liber. l. 6. pr. ff. de inoff. teſtam.* Neque id hactenus per *l. 33. §. 1. Cod. eod.* abrogatum: nam ibi exheredationem infantis validè fieri poſſe non negatur, quòd in eum ingrati vitium non cadat, & alienâ injuriâ prægravari non debeat; ſed id ſaltem cavetur, non poſſe talî ſcripturâ infantem ex odio patris ab hereditate repelli, quin ei ſalva maneat inofficioſi querela Zoëſ. ad *tit. de lib. & poſth. num ult.* Verùm poſtquàm per *Nov. 115. cap. 3.* conſtitutum eſt, ut hodie exheredatio aliter, quod ad finem hujus capitis oſtenſuri ſumus, validè ſcribi nequeat, quàm expreſsâ ingratitudinis causâ, neceſſariò conſequitur, ut hodie exheredari nequeat, qui nondum injuriæ capax eſt, adeóque nec poſthumus, infans aut furioſus &c. Et tametſi hodie maximè cauſa ingratitudinis conficta, quò formæ exheredationis ſatisfieret, hujusmodi perſonis adjiceretur, nec tamen eò magìs exheredatio valida haberi poſſet; quoniam manifeſtè cavillatoria foret, atque in fraudem legis, nec minùs contra ſententiam Imperatoris, qui cauſas ingratitudinis non nudæ ſolennitatis tantùm, aut dicis causâ, ſed cum effectu, hoc eſt, ut talis etiam probari poſſit, apponi voluit, perpetrata *arg. l. 29. ff. de ll. d. Nov. cap. 3. in princ.* ibi: *niſi forſan probabuntur ingrati, & ipſas nominatim ingratitudinis cauſas teſtamento parentes inſeruerint.* Atque hæc ſententia teſte Harprecht ad *Inſt. tit. de exhered. liber. §. 1. n. 9.* Manz. de *teſtam. valid. tit. 10. q. 11.*

com-

communis eſt, nec dubiè ob naturalem æquitatem hodie in foris Germaniæ paſſim recepta.

Ut autem exheredatio effectum ſuum obtineat, ſuis eam 4
requiſitis legitimè inſtructam eſſe oportet; quorum quædam jure veteri ſancita, alia, quæ his inſuper jure Novellarum adjecta ſunt. Ex numero priorum I. eſt, ut exheredatio fiat *nominatim*, hoc eſt, expreſſo nomine, prænomine aut cognomine, vel tali demonſtratione facta, quæ indubiè perſonam exheredati deſignet *princ. Inſt. h. t. l. 1. l. 2. & 3. ff. de lib. & poſth.* unde, ſi quis plures liberos habens, ſcripſerit: *Filius meus exheres eſto*, nulla eſt exheredatio *l. 2. ff. eod.* quoniam de quo ſenſerit teſtator, ex verbis intelligi nequit; neque exheredatio benigna eſt interpretatione juvanda. Aliud ergo dicendum, ſi unus ei duntaxat filius fuiſſet; nam & tunc ſub priori formula nominatim exheredatio facta videretur, eò quòd tum appellatio filii de alio prædicari nequeat: Unde eſt, quòd non valeat exheredatio *inter cæteros*, velut ſi quis plures habens filios, uno inſtituto cæteros exheredes eſſe juſſiſſet, niſi adjeciſſet filios, *l. 25. princ. ff. eod.* junct. *§. 5. Inſt. h. t.* II. Ut fiat *purè l. 3. §. 1.* quia liberi certo definitóque judicio parentum exheredandi ſunt *l. 18. princ. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* certum autem non eſt, quòd in futurum incertúmque conditionis eventum ſuſpenditur. Quod tamen olim in poſthumo eodem modo, quo in inſtitutione, admiſſum fuit, cùm fieri poſſit, ut ante nativitatem ejus conditio exiſtat *l. 1. §. 5. ff. de vent. in poſſ. mitt. l. 22. ff. de lib. & poſth.* Aliud dicendum, ſi ſub conditione exheredatus, ſub contraria, ſeu in defectum conditionis inſtitutus foret, ita enim nunquam eſſet præteritus *l. 4. C. de inſt. & ſubſtit.* III. Ut fiat à tota hereditate, non à re certa, veluti fundo, quia exheredatio eſt excluſio illius, qui lege heres eſt; atqui hereditas eſt ſucceſſio in univerſum jus *l. 24. ff. de V. S.* ergo ab eo quoque fieri debet excluſio; tametſi inſtitutio ita facta valeat: alia enim eſt cauſa inſtitutionis, utpote quæ benignè accipienda *l. 19. ff. de lic. & poſth.* Quin etiam ſi legatum filio pater reliquerit, eúm-

què à reliqua hereditate excluſerit, non valere exheredationem JCtus in *d. l. 19.* reſpondit: cujus tamen contrarium videtur inferri poſſe ex *l. 10. §. 1. l. 12. princ. ff. de inoff. teſtam.* unde quidam putant poſteriores textus procedere, ſi filius legatum ultrò agnoverit, aut legatum quartam legitimam exæquet *§. ult. Inſt. de inoff. teſtam.* Subtiliùs fortè & rectiùs dicemus, non ſimpliciter in *d. l. 19.* prohiberi, ne filio exheredato legatum relinquatur, ſed ne id ita fiat, ut videatur ex parte exheres ſcriptus, v.g. *filio meo do, lego centum, in cætera parte exheres eſt.* Ut aliud ſit, ſi ſeorſim ei, tanquam extraneo aliquid legetur, ita ut legatum hoc ſe non referat ad exheredationem, ſed illa etiam ſeorſim ab univerſa hereditate fiat Hub. ad *Inſt. tit. de exhered. liber. n. 3.*

5 IV. Ut exheredatio fiat à toto gradu, ſeu ab omnibus heredibus, non tantùm à certa perſona intra eundem gradum contenta: nam ſicut exheredatio non valet, ſi fiat à certa re, ita neque tunc, ſi fiat à certo herede; velut ſi teſtator dixiſſet, *Sempronius filiò meò exheredatò heres eſto, Cajus heres eſt,* tum enim filius reſpectu Caii foret præteritus, & ſic tota exheredatio vitioſa. Neque obſtat, quod inſtitutus in ſemiſſe, poteſtate juris intelligatur ex aſſe inſtitutus *l. 13, §. 1. ff. de hered. inſtit.* nam exheredatio tanquam odioſa, nunquam favorabili interpretatione, ùt inſtitutio, adjuvanda eſt. Cenſetur autem exheredatus ab omnibus heredibus, ſive exheredatio ante omnes, ſive poſt ſingulas, vel etiam inter medias heredum inſtitutiones collocata ſit *l. 3. §. 2. & 3. ff. de lib. & poſth. l. 3. §. 2. ff. injuſt. rupt.* modò exheredatio ita concipiatur, ut abſolutè, non cum reſtrictione vel relatione ad certum heredem facta videatur *d. l. 3. §. 2.* V. Ut fiat ab omni gradu, hoc eſt, tam à gradu inſtitutionis, quàm ſubſtitutionis: ab alterutro tantùm facta, ille ſolùm gradus valet, cui adjecta eſt, alter verò, à quo filius præteritus eſt, mox initio vitiatur, ſive is gradus fuerit inſtitutionis ſive ſubſtitutionis *l. 3. §. fin. l. 8. ff. de lib. & poſth. l. 3. §. ult. ff. de injuſt. rupt. l. 43. §. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Verùm hìc inter filium jam natum

&

&posthumum, ab uno tantùm gradu exheredatum, fuit aliqua veteri jure differentia; nam si à primo gradu filius jam natus præteritus sit, à secundo exheredatus, gradus ille primus, à quo filius est præteritus, nullius momenti, ac pro non scripto habetur, & sic testamentum à gradu secundo initium accipit *dd. ll.* at si posthumus respectu primi gradûs præteritus, à secundo exheredatus fuerit, secundus gradus rumpetur unàcum primo, si tempore nativitatis vivat aliquis eorum, qui primo gradu heredes scripti sunt, sicque totum testamentum infirmabitur *l. 5. ff. de injust. rupt. &c.* quod secùs erat, si à primo gradu posthumus exheredatus fuerit *l. 14. princ. ff. de lib. & posth.*

Cæterùm & hìc obtinet, quòd exheredatio vel ante omnes 6
heredum gradus, vel inter medios, aut post omnes facta, si nulla hìc ad certum gradum restrictio appareat (qualis esset, si testator dixisset: *instituo Titium, filium autem meum exheredo, si autem Titius heres esse nolit, Cajum ei substituo*) ad omnes trahatur *l. 3. §. 3. 4. & 5. ff. de liber. & posth. l. 1. Cod. eod.* Proniùs tamen est, quemadmodum advertit Mantic. de *testam. valid. tit. 10. q. 5. num. 5.* ut exheredatio ante omnes gradus facta ad singulos trahatur, quàm quæ post omnes gradus scripta est; cùm sæpè dubium esse possit, an non ad substitutionis gradum tantùm pertineat? & si id manifestè non adjiciatur, circumstantias ponderari voluit Imp. in *d. l. 1.* atque tunc exheredationem ab omnibus gradibus factam intelligi, si in hoc testatoris voluntas liquida appareat. Ubi etiam cit. Author *num. 8.* addit; exheredationem inter unum gradum, sive plures ejusdem gradûs heredes scriptam non pertinere, nisi ad illum gradum *l. 3. §. 2. ff. eod.* quia clausula inter unum capitulum posita non refertur, nisi ad illud solum. His casum addimus ex *l. 14. princ. vers. itaque ff. eod.* ubi filiô à primo gradu exheredatô, à secundo præteritô, à tertio itidem exheredatô, si filius deliberante herede primo decessit, hícque postea hereditatem repudiavit, illam non ad tertium gradum, qui propter exheredationem ab hoc gradu factam non invalidus videri pos-

set,

ſet, ſed ad legitimos heredes pertinere reſponſum eſt; quia tertius gradus pendet à ſecundo; ſi ergo hic non valeat, nec tertius valebit Gloſſ. ad *d. l. 14.* Obſcurior ſpeciei alterius, quæ in eodem textu proponitur, deciſio eſt. Pone, teſtatorem duos heredes inſtituiſſe, atque ab his exheredâſſe filium, tum primis duobus heredibus alios ſubſtituiſſe, atque ab his prætericîiſſe filium; poſteà unus ex primis omiſit, vel repudiavit hereditatem, filius autem deceſſit; quæritur, quis portionem primi heredis deficientis ſit habiturus, an ei ſubſtitutus? an coheres? an heredes ab inteſtato? Ad hoc reſpondit JCtus in *d. l. 14.* quòd coheres portionem deficientis heredis non ſit habiturus, quia ſubſtitutum accepit: ſed neque ſubſtitutus; quia ſubſtitutio ob filii prætéritionem mox ab initio nullius momenti erat, & pro non ſcripta habebatur; ergo heredes ab inteſtato. Sed poterítne alter heres ſuam partem adire, & habere? id negat Scævola in *l. 19. princ. ff. de injuſt. rupt.* quia nemo pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus decedere poteſt, quod fieret, ſi legitimi unam partem ab inteſtato, aliam heres ex teſtamento haberet; quod tamen, ait JCtus, non procedere, ſi duo illi ipſi heredes inſtituti invicem quoque ſubſtituti eſſent; tunc enim, quamvis filius in partem ſubſtitutionis exheredatus non ſit, poterit alter inſtitutus idémque ſubſtitutus adire, & totam conſequi hereditatem *d. l. 19. §. 1.*

7 Hisce requiſitis aliqui addunt VI. ut exheredatio fiat ex certa ſcientia, & conſultò. Unde, ſi quis, cùm plures haberet filios, eos exheredes ſcripſerit, & ſit ex his, quem teſtator mortuum credebat, ſuperſtes, de eo apud judicem agi oportere reſpondit Paulus in *l. 25. princ. ff. de lib. & poſth.* ita ut, ſi deprehenſus fuerit pater in dicto errore perſeverâſſe, exheredatio illius filii non valeat. Idem eſt, ſi non conſultò, ſed temerè, & ex calore iracundiæ exheredatio fiat; licèt vel maximè legitima cauſa concurrat *l. 19. cod. de inoff. teſtam.* nam quidcunque calore iracundiæ fit, non priús ratum eſt, quàm ſi ex perſeverantia voluntatis apparuerit judicium ani-

animi fuisse *l. 48. ff. de R. J.* certè ex consequenti remissione facilè conjectura capitur, inconsultam fuisse exheredationem, Stryck. *de caut. testam. cap. 19. §. 10.* VII. Ut exheredatio præcedat effectum institutionis, id est, non conferatur post aditam hæreditatem ; ne filius antè|inveniatur præteritus *l. 3. §. 2. ff. de lib. & posth. l. 68. in fin. ff. de hered. instit.* ubi JCtus ait, neminem dubitare, quin, si ita aliquis filium exheredaverit, *Titius heres esto, & cùm Titius erit heres, filius exheres esto,* nullius momenti esse exheredationem : quamquàm enim aliàs exheredatio effectum non sortiatur, nisi heres institutus adeat *l. 20. princ. vers. sed cùm exheredatio ff. de bon. poss. secund. tab.* nihilominus tamen ipsa exheredatio expressè in hunc eventum concipi nequit; cùm multa expressa noceant, quæ tacitè subintellecta non nocerent. Huc quoque pertinet, quòd in *l. 13. §. fin. ff. eod.* traditur, inutilem esse exheredationem, quæ primò post mortem exheredati effectum obtineat; ut, si testator : *Titius post mortem filii mei heres esto, filius exheres esto;* quia, ut valeat exheredatio, oportet heredem esse ex testamento, & aditam ab eo hereditatem, quæ nonnisi post mortem filii hoc casu adiri posset; ergo, quamdiu filius vivit, is præteritus censetur, nec exheredatio eo vivente effectum habere potest. Denique requiritur VIII. ut exheredatio fiat in testamento : nam ùt in codicillis hereditas neque directè dari, sic nec adimi potest *§. 3. Inst. de codicill.* cùm institutio & exheredatio sint propriæ testamenti notæ *l. 14. cod. de testam. l. 7. cod. de codicill.* Ex quo concludit Stryck. *cit. tract. §. 11.* filium pro exheredato non esse habendum, licèt vel maximè pater omnia sua bona inter vivos alicui donaverit, & in illo contractu adjecerit, se filium ob certam ingratitudinis causam exheredatum velle; tametsi causa non modò expressa, sed etiam à donatario probata fuerit. Id tamen nihil impedit, quo minùs testator aliquem heredem, cui directè hereditatem per codicillum auferre nequit, eodem tamen ùt indignum declarare possit, atque ita efficere, ut ab eo fiscus auferat hæreditatem *l. 4. cod. de his, quib. ùt indig.*

8 Si quid ex requiſitis hactenùs enarratis peccatum fuerit, exheredatio nullius momenti, pro non ſcripta; atque eo effectu habetur, ac ſi filius fuiſſet præteritus *dd. ll.* unde quoque Prætor, qui exheredatione notatos & remotos penitùs à bonorum poſſeſſione contra tabulas excluſit *l. 8. princ. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* id in ejusdem legis *§. 2.* limitat, *ſi quæ ritè facta eſt.* Cujus porrò jure veteri ulterior effectus erat, quòd legata non minùs, quàm ipſa heredis inſtitutio corruant. Quoniam verò poſt *Novell. 115. cap. 3. & 4.* ſola ob præteritionem inſtitutio heredis reſcinditur, reliquîs teſtamenti capitulîs in ſalvo manentibus, neque exheredatio non jure facta majorem hodie effectum operari poterit. Confer nos ſuperiori capite *§. 1. de effectu præteritionis.*

9 Jure Novellarum inſuper requiritur I. ut exheredatio fiat ex juſta cauſa, quas Imp. in *Nov. 115. cap. 3. & 4.* complexus eſt. II. Aliqua ex his in teſtamento nominatim exprimatur *d. cap. 3. in fin. verſ. ſive igitur omnes, ſive certas ex his, ſive unam quamlibet teſtamento ſuo inſeruerint.* Jure enim veteri ſufficiebat, ſimpliciter, liberos nominatim, nullâ etiam adjectâ causâ, exheredes facere, quorum tunc, ſi per querelam obtinere arbitrati ſunt, neceſſitati incumbebat, probare, ſe immerenter excluſos eſſe, nullúmque pietatis officium erga parentes prætermiſiſſe *l. 28. cod. de inoff. teſtam.* Atque hæc nominatio cauſæ adeò neceſſaria eſt, ut ſi teſtator eam reticuerit, heres minimè ad ejus probationem admittatur; nullum quippe, ſi cauſa non inſerta, eáque ab herede probata fuerit, *liberis præjudicium generari voluit* Imperator, *ne liberi falſis accuſationibus condemnentur*, ſed eos evacuatîs teſtamenti viribûs mox ad parentum ab inteſtato pervenire hereditatem *d. cap. 3. in fin. cap. 4. §. 9.* Fachin. *controv. lib. 6. c. 76.* Stryck. *loc. cit. §. 19.* Verùm cauſæ expreſſio ſaltem in liberorum, parentúmque teſtamentis præcepta eſt, adeóque, cùm de fratribus in *d. Nov. 115.* nihil cautum, vel mutatum reperiatur, ſtandum juri veteri, & eorum præteritio, vel ſimplex exheredatio pro valida agnoſcenda eſt Zoëſ. *tit. de inoff. te-*

teſtam. num. 79. Struv. *exercit. 10. theſ. 18.* Prætereà non quidem ad ſubſtantiam, ſed effectum exheredationis III. requiſitum eſt, ut cauſa ingratitudinis allegata ab herede probetur; cùm jure veteri, utì diximus, ipſi exheredato incumbebat docere, ſe nullam ingratitudinis cauſam admiſiſſe, debitúmque obſequium jugiter parentibus adhibuiſſe *l. 5. §. 1. ff. de inoff. teſtam. l. 28. cod. eod.* quod meritò ob difficultatem probationis in liberis & parentibus exauctoratum eſt, cujus correctionis quoque in fratribus factæ nullum in jure noſtro veſtigium occurrit, adeóque hactenùs veteri obſervantiæ ſtandum eſt *l. 27. cod. de teſtam.* Quòdſi plures ingratitudinis cauſæ adſcriptæ fuiſſent, ſufficit unam ex his veram, & probatam eſſe. Unde ut eò certiùs exheredatio effectum ſortiri poſſit, pro cautela DD. teſtatori commendant, ut omnes injuriæ admiſſæ circumſtantias in teſtamento exprimat, qua planior heredi, ſæpè in alieno facto agenti, probatio reddatur: imò adhuc conſultiùs erit, ſi ipſe ad exonerandum heredem teſtes ſuper illata injuria ad perpetuam rei memoriam examinari curet.

Prima igitur cauſa exheredationis in *d. cap. 3. §. 1.* poni- 10
tur, *Si quis parentibus ſuis manus intulerit:* quæ verba potiùs effectum, quàm modum ibidem expreſſum reſpiciunt, ita ut & pedes impios, aut aliud membrum, multò magìs autem inſtrumentum aliquod, quo ipſis noceri poteſt, includat *arg. l. 7. §. 1. ff. ad Leg. Aquil.* quod etiam procedere videtur, non ſolùm ſi ipſe intulit, ſed etiam ſi inferri ab alio hanc injuriam curaverit; quia ingratus eſt, qui per alium offendit benefactorem ſuum, ſicut qui per ſe ipſum *l. 1. §. 12. ff. de vi & vi armat. cap. cùm ad ſedem de reſtitut. ſpoliat.* & *C. mulier de ſentent. excomm.* Eſtque vetuſtiſſimæ ſanctitatis lex: *honora patrem & matrem*, cui certò non minùs filius contraveniſſe intelligi debet, ſi ſuam in patrem audaciam alteri ſuggeſſerit, quam dum ipſe eam executus eſt. Limitationes, quas Authores hìc accumulant, ſunt ferè ſequentes: I. Si filia adversùs ſceleratiſſimum parentem, qui vi ſtuprum molitur, defenderit pudici-

 tiam,

tiam, nec aliam ejus defendendæ viam invenerit: major enim metus ſtupri debet eſſe honeſtis, quàm mortis terror *l. 8. §. 2. ff. quod met. cauſ.* item ſi filius in extremo periculo conſtitutus pro ſua defenſione patrem percuſſerit; quia percuſſor non eſt, qui, ut corpus ſuum defendat, alterum percutit *l. 3. ff. de Juſt. & Jure* Covarruv. ad *cap. Raymutius 16. 13. x. de teſt.* Verùm moderata caſtigatio, qua patrifamilias ſuorum contumaciam compeſcere licet, imò etſi forte calore iracundiæ, aut rei indignitate non nihil ultra modum juſtæ reprehenſionis abreptus fuiſſet, filio tamen ita ferenda eſt, ut ſeſe opponere, aut defendere nullatenus poſſit. II. Si is feriat, vel omninò interficeret parentem ſuum pro defenſione, ac tutela patriæ per *l. 35. de Relig. & ſumpt. fun.* Reipublicæ enim rationem à privatis affectionibus & officiis ſeparandam eſſe conſtat ex *l. 19. §. 7. ff. de captiv. & poſtlimin. reverſ.* Verùm hoc ipſum quoad interfectionem patris, licèt per illam ſtatui publico fortè unicè conſulatur, à multis in dubium vocatur; inter quos Ant. Matthæus de *crimin. lib. 48. tit. 6. c. 2. num. 13. in fin.* & Bodinus de *Republ. c. 9. &c.* qui de filio, publico præmio à Venetis adfecto, quòd patrem ſuum Reipublicæ machinantem ſuſtulerit, ſcribit: *forſitan præſtitiſſe, ut urbs Venetorum priùs aquarum ſuarum voraginibus abſorpta fuiſſet, quàm tanti ſceleris immanitati præmia dediſſet.* Sanè etſi *contemptor legum & impius ſit, pater tamen eſt*, ait Juſtinianus in *Nov. 12. cap. 2.* nec tam videndum, quid ille mereatur, quàm filium quid deceat. Docéntque exempla, quàm multi parricidæ, ſummo jure licèt uſi, poſteà pœnitentiæ furiis acti tantùm non miſeriâ contabuerint, vid. Plutarch. in *vita Timoleontis.* Sed hæc ſaltem evincunt, omnia priùs ſanè perpendenda eſſe filio, an legales circumſtantiæ, & illud neceſſitatis telum concurrat? Textus enim in *cit. l. 35.* patrem deſcribit, qui venerit paratus ad delendam patriam, parentes, liberósque ſuos interficiendos, atque adeò hominem planè furioſum: vix eſt, ut adversùs eum ulla pietatis officia publico privatóque reſpectu ampliùs obſervanda ſint; modò filius ſic agat, ut re benè maturéque deli-

deliberata compertum ei ſit, aliter patriam à peſte præſenti nullô modô quàm per ſe liberari poſſe. III. Excipitur nudus conatus percutiendi, v.g. manûs levatio, aut territio; quia conatus in his, quæ externum factum requirunt, regulariter non obeſt *l. 1. in fin. ff. quod quisque juris.* Weſenbec. *num. 4. de furtis.* & lex odioſa ac pœnalis minimè extendi debet; unde etiam caſum, quo filius percuſſit matrem, aut novercam, hac ſanctione non comprehendi, exiſtimat Manzius *tract. de teſtam. valid. & inval. tit. 10. q. 6. n. 8.* niſi id fieri poſſe dicamus ratione gravis injuriæ, quæ exinde patri â filio infertur *l. 1. §. 3. ff. de injur.*

Secunda exheredationis cauſa: *ſi quis parentibus ſuis gravem* 11
& inhoneſtam injuriam ingeſſerit; cit Nov. §. 2. graviſſimum enim eſt ſcelus, parentibus, maxima in ſuos liberos beneficia quotidie erogantibus, honoris ac reverentiæ loco, quam primam ac præcipuam poſt DEUM ipſa natura, iis deſtinavit, contumelias & maledicta rependere. Intelligitur autem hoc loco, ùt rectè monent Authores, per gravem injuriam ea tantùm, quæ ſuâ naturâ, & in abſtracto talis eſt, non verò habita relatione ad perſonam patris, quæ filiis ſanctiſſima eſſe debet, ſícque omnis ferè injuria, cæteroquin levis, reſpectu parentum gravis & atrox dici deberet *l. 7. §. 8. ff. de injuriis.* Weſenbec. *parat. Cod. de inoff. teſtam. num. 18.* igitur, an ſatìs gravis videatur injuria ad exheredationem, arbitrio judicis æſtimabitur; cùm infinitis circumſtantiis id variare poſſit. Putat autem Stryck. de *cautel. teſtam. cap. 19. §. 26.* ſolam verbalem injuriam hìc intelligi; cùm de reali priori cauſa actum ſit. Verùm cùm injuria non tantùm violenta manûs injectione, aut verborum convitiis, ſed & habitu, geſtu, aliísque modis & factis inferri poſſit, injuria latiùs hìc accipienda, ut etiam alias injuriarum ſpecies modósque includat. Cùm & ipſe Imp. ſinè diſcrimine omnem gravem & inhoneſtam cauſam exheredatione dignam velit.

Tertia: *ſi quis parentes criminaliter accuſaverit.* Nam licèt 12
Reipublicæ maximè interſit, ne delicta maneant impunita,

ſed revelentur, ac vindicentur *l. 51. §. 2. ff. ad Leg. Aquil.* magis tamen eſt, ut legitimô modô, & à perſonis non prohibitis detegantur ; cùm turpe ſit parentes ad mortem, & ſupplicia à ſuis liberis poſtulari. Nec refert, an delictum ſit capitale, vel ſolùm exilii, aut infamiæ pœnâ vindicandum; cùm eadem ubique turpitudo vertatur. Illud non ſatis expeditum eſt, an ſi filius in criminalibus ſponte teſtimonium dixerit, Advocatum egerit, aut Judicis perſonam ſuſtinens, ſententiam iniquam tulerit per imperitiam adversùs patrem ; hîs caſibûs exheredari poſſit ? Negat quoad ſingulos Harprecht ad *Inſt. tit. de Exher. liber. num. 25.* tum quia Juſtinianus hanc, ceu legitimam exheredandi cauſam non expreſſit, tum quia accuſâſſe non dicitur, qui teſtem egerit ſecundúm *Gloſſ. in l. 14. §. 8. ff. de bonis libert.* vel Advocatum *cit. l. 14. §. 9.* vel Judicem Gerhard. *diſput. 5. theſ. 27. in fin.* Diſſentit Manzius *loc. cit. n. 12.* etſi quoad teſtimonium à filio perhibitum cedere videatur, dum ipſe putat, in teſte hoc faciliùs admittendum: quia teſtis, dum veritati teſtimonium perhibet, præſertim à Judice requiſitus non ita peccat, ſicuti Advocatus, qui quantum in ſe eſt, cauſam ſui clientis obtinere, & parentem periculo ſubjicere laborat. Contra Stryck. *cit. tract. §. 6.* Henric. Coccej. *tom. 2. diſp. 59.* ſolo eo, qui accuſanti advocationem præbet, excepto, cùm is in *d. l. 14. §. 9.* accuſare negetur, omnes accuſatorum claſſe comprehendunt, qui alios inſtruunt probationibus, ut pater eò citiùs de crimine convinci poſſit, adeóque & eum, qui ſeſe ſponte obtulerit ad teſtimonium contra patrem, qui & diſertè accuſare dicitur in *cit. l. 14. §. 5.* in eóque Advocato improbior eſt, quòd hic tantùm jura ſuggerat ; ille factum. Cæterùm quò minùs filius contra parentem civiliter agat, júsque ſuum per ſententiam obtinere impunè poſſit, nihil obſtat *arg. l. 55. l. 155. & l. 177. in fin. ff. de R. J. l. 13. §. 1. ff. de injur. l. 3. §. 4. ff. quod vi aut clam.* Quemadmodum etiam crimen perduellionis adversùs Principem vel Rempublicam commiſſum jam ſuprà excepimus *d. Nov. cap. 3. §. 3.* præſertim cum etiam hujus delicti participes fiant, qui illud

ſciunt,

ſciunt, & non revelant *l. 5. C. ad L. Jul. Majeſt.* Cui adhuc jungendum eſt, quòd jure Bavarico accuſatio criminis hæreſeos aut magiæ hìc æquè exceptum ſit, ob atrocitatem horum delictorum, ùt teſtatur Manz. *loc. cit. n. 17.*

Quarta cauſa. *Si cum maleficis hominibus ùt maleficus verſe-* 13
tur, hoc eſt, ſi ſe in ſocietatem dederit animô illam artem exercendi, non autem ſi in itinere, aut aliàs fortuito conſortio illis adhæſerit. Sunt verò malefici, qui incantationibus magicis hominum animis, atque corporibus nocere ſciunt, hácque de cauſa veneficia conficiunt. Magi itidem malefici ob facinorum magnitudinem vocantur, ſiquidem mira, atque inſolita patrandi facultatem affectant; quæ verò præſtigiis potiùs finguntur, quàm rerum veritate complentur. Ratio igitur præſentis cauſa nulla alia eſt, quàm deteſtatio, atque enormitas hujus criminis, ùt videre eſt in *Can. 14. cauſ. 26. q. 5. & tot. tit. C. de Malefic. & Mathem.* ubi ejusmodi hominibus, tanquam inimicis humani generis, exquiſitiſſimæ pœnæ decernuntur. His nonnulli meritò adnumerandos cenſent Pſeudo-Medicos illos, qui præcantationibus, characteribus, aut certis ſuperſtitioſis rebus appendendis recuperare ſanitatem ſe jactant; cùm hoc vitæ genus utroque jure reprobatum legatur, vid. *l. 1. §. 2. ff. de extraord. cognit. & ſupra cit. cauſ. & q. §. ad hæc omnia.* Illud nunc non incommodè quæri poteſt, an etiam Cingari, qui ſe fata cujusque ex ſyderum contemplatione, aut inſpectione manûs præſcire profitentur, germanico vocabulo Ziegeuner, huc referendi ſint? Quod omnino affirmandum videtur, ſiquidem tales vaticinatores, aut veriùs impoſtores, qui Aſtrologiæ, vel Mathematices (cujus cæteroquin ſumma laus eſt) liberali nomine ad vanitatem ſuæ artis utuntur, cum ipſis veneficis conjunctos cernimus in *d. t. C. de Malefic. & Mathem.* Quô cumprimìs hodie iſta hominum vagantium colluvies pertinet, raptó vivens, ruſticæ plebi gravis, & quæ fraudandi, mentiendíque artem ubique quaſi patrimonium ſuum circumfert. Unde publica in eos edicta exſtant, & proſcriptiones, vid. *R. I.*

de

de Anno 1530. tit. von Ziegeunern, & *R. I. Spiræ de Anno 1544. Ordinat. Polit. Auguſtæ de Anno 1548.* Quod etiam Stryck. *cit. loc. §. 38.* extendit ad alias criminum ſocietates, ùt ſunt conſortia furum & latronum, ſi his ſe filius adjungat. Verùm Coccej. *cit. diſp.* hos, ait, pertinere ad vindictam publicam, non ad cauſas exheredationis, aut injuriæ privatæ, de quo nos infrà in quæſtione, an ob cauſas ſimiles, vel majores exheredatio procedat?

14 Quinta cauſa exheredationis. *Si liberi vitæ parentum per venenum, aut alio modo inſidiari tentaverint.* Cùm non poſſit major ingratitudo excogitari, quàm ſanguini, & vitæ eorum, per quos noſtram habemus, inſidiari. Nec vehementiùs aliquid bonos parentes excruciet, quàm ſi tam fatales videant ſoboles, quas profectò nec generâſſe juvet, nec libeat generare; quocirca non immeritò, ùt ipſe Legislator ſatìs innuit, dum dicit: *tentaverint*, vel ſolus filii conatus, ſi is, quantum in ſe fuit, ſcelus jam paraverit, ad hanc pœnam ſufficit, & tam lege Pompeja de parricidis *l. 1. in fin. ff. ad leg. Pompej. de parricid.* quàm lege Cornel. de ſicariis *l. 3. ff. ad leg. Corn. de ſicar.* vindicatur. In atrocioribus enim, ubi conatus per ſigna exteriora jam fuit demonſtratus, etiam attentatum punitur, licèt non ſequatur effectus Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 12. cap. 2. §. 16.* Quid, ſi filius ſocietatem, aut fœdus ineat cum inimicis parentis ſui? ſiquidem amicus inimici mei etiam meus inimicus præſumitur ex *l. 1. §. 10. ff. de offic. Præſ. urb.* & *l. 24. de inoff. teſtam.* Negat tamen Gloſſa in *l. 28. cod. de inoff. teſt.* ad verbum *amicitias.* & communior DD. id fundare cauſam exheredationis; nihil enim de hoc Novella noſtra, quô verò minùs ad eam revocetur, obſtat ex mente Interpretum, quòd hæc cauſa amicitiæ copulatæ cum inimicis parentis hactenus nunquam reliquis cauſis, propter quas liberi exheredantur, par viſa ſit. Atque ita tenendum.

15 Sexta cauſa exheredationis memoratur, ſi Novercæ ſuæ, aut concubinæ patris filius ſe ſe immiſcuerit; vel filia vitrico. Ratio, quia privigni cum noverca conſuetudo inceſtuoſa eſt, *l. 17.*

l. 17. C. de nupt. l. 4. & 5. ff. ad leg. Pomp. de parricid. & à concubina quidem patris ita abſtinere filius debet, ut ne uxorem unquam ducere eam poſſit, ſi velit; nam minùs religioſam & probabilem rem facere videtur, ùt ait *l. 4. C. de nupt.* Sed, an etiam exheredari poterit filius, ſi aliam, cum qua nuptiæ ſimiliter conſiſtere nequeunt, v. g. amitam aut planè propriam ſororem ſibi ſubſtraverit? Putamus id rectè negari poſſe; quia ratio violati thori paterni, ad quam Legislator reſpexiſſe videtur, in his ceſſat. Quod idem in ſodomia à filio commiſſa dicendum eſt; quia, quamvis adhuc gravius hoc delictum videatur ipſo inceſtu, tamen non æquè infert patri injuriam, ùt talis inceſtus. Denique ad hanc cauſam requiritur, ut filius ſciverit perſonæ qualitatem, qua cum conſuevit; ergo exheredari nequit, ſi ignoraverit eſſe concubinam patris, vel patrem aliàs cum tali muliere rem habuiſſe, v. g. ſi eam in lupanari meretricio habitu indutam deprehenderit Stryck. *de cautel. teſtam. cap. 19. §. 30.* Illud dubium nobis non eſt, filium, ſi cum propria matre congredi ſuſtinuerit, omnium maximè exheredandum eſſe. Sed cur nihil de hoc textus? crediderim verecundiam Legislatoris mentionem hujus immanitatis facere horruiſſe, aut non cogitâſſe, id fieri poſſe, quod adinvenit tam abominanda, & reluctantis naturæ veluti victrix libido. Sed & eum exheredari poſſe, qui cum patris ſponſa cohabitat, tradit Coccej. *cit. diſp.* non quidem ex hac, ſed ex ſecunda cauſa; quia magna per hoc parenti injuria infertur.

Septima cauſa exheredationis eſt, *ſi delatores contra parentes extiterint filii, & per ſuam delationem gravia diſpendia eos fecerint ſuſtinere.* Hoc eſt, in cauſis civilibus & pecuniariis v. g. ob defraudatum vectigal, cùm de capitalibus in tertia cauſa agatur. Ita tamen, ut gravitas damni illati arbitrio Judicis committatur; cùm legibus non ſit definita, nec facilè in univerſum definiri potuerit *l. 1. §. 1. ff. de jure delib. c. 4. de offic. & poteſt. jud. deleg.* Dein, ut præcisè ob delationem filii, non alio modo, utcunque injurioſo, jactura illata ſit. Manzius 16

loc. cit. n. 27. quia lex utrumque conjungit; ergo nec delatio absque diſpendio, nec diſpendium absque delatione ſufficit.

17 Octava cauſa, quæ ſolùm ad maſculos pertinet, exheredationis eſt, *ſi pro parentibus carcere incluſis, cùm ita eos redimere poſſent, rogati noluerint fidejubere.* Siquidem filius, qui parentem ſuum verè amat, etſi quidem non teneatur ad æs alienum, quod ille contraxit, *tot. tit. C. ne filius pro patre.* tamen omnia potiùs, quàm captivitatem patris ferre cenſendus eſt; non modò, ſi is ob delictum, in quo arreſtum interpoſita fidejuſſione relaxari poteſt, ſed etiam ſi propter debita detineatur; quia Imperator ſimpliciter utitur verbô *incluſum*, & adhuc ſubjungit *pro perſona*, vel *pro debito.* Atqui, ais, vanæ ſunt minæ exheredationis, ut patri obærato ſuccurratur; cùm hereditatem ejus haud dubiè creditores exhauriant, indéque filio quoad ſucceſſionem perinde ſit, an liberaverit, vel non liberaverit patrem, quia neutro caſu eidem ſuccedit. Sed non eſt ita perpetuò; ſiquidem circumſtantiæ innumeris modis mutantur: poterit pater alicubi detineri, quòd bona præſentia nulla habeat, ſed alibi ſita; vel etiam utcunque bonis excuſſus poſteà ad meliorem fortunam pervenire, aut fortaſſe jam antè exſpectata hereditate diteſcere, quibus caſibus filio ſua ingratitudo meritò damnoſa erit. Longè enim major videtur ejus improbitas, & cum ſorditie quadam conjuncta, ſi patrem ideò non liberaverit, quòd putet, redemptionem ſibi aliàs nihil profuturam eſſe, quemadmodum etiam is, qui ſola ſucceſſionis exſpectatione cõmotus eundem redemerit, non multum laudis mercenaria hac pietate mereretur. Sunt denique præter amiſſionem ſucceſſionis adhuc aliæ pœnæ ingratitudinis, quæ, ſi exheredatio effectum ſuum quoad bona paterna non conſequi videatur, contra filium ſatis vigilant, exheredationis enim tantus effectus, ut non ſolùm liberi amittant legitimam, in quam alioquin ſucceſſuri eſſent, ſed etiam pro mortuis habeantur. Bald & alii in *auth. noviſſ. C. de inoff. teſt.* unde inhabiles quoque ſunt feudi paterni, ex delicto exheredati ſeu ingrati, adita per he-

re-

redem ex teſtamento hereditate, Joan. Andr. in *ſumma de ſucceſſ. feud. ſub rubr. an filius ſucced. in feud.* Jacob. Curt. in *altero Membro 3. part. Tract. de feud. num. 6. & 7.* Quin & Jacobus de Ardizo refert, ingratum filium non poſſe feudum avi jure ſucceſſionis capere, eo quòd per manus patris, & ex ejus perſona videatur habere, in *ſumma de ſucceſſ. feud. rubr. an agnatus vel filius defuncti feudum retin. poſſ. 2. f. 45.* quod & probat Alvarot. in §. *& quia vidimus, qui feud. dare poſſ.* imò tantæ efficaciæ, ut nec filius ingratus poſſit in rebus à patre venditis jure redhibitionis gentilitiæ ſive retractûs offerendo pretium tanquam proximior uti, Tholoſan in *Syntagm. tit. 44. cap. 3. n. 14.* Schrader de *feud. q. 9. c. 9. n. 9.* quamvis de hoc ſubdubitet Tiraquell. in *tract. de utroque retractu p. 1. §. 1. gl. 8. num. 44.* Perdunt quoque liberi ingrati beneficium competentiæ ita, ut à patre ultra conveniri valeant, quàm facere poſſunt DD. ad §. *ſed etſi 38. Inſt. de act.* Schrader *loc. cit.* Cæterùm hìc diligenter adhuc notandum, quòd Imperator *d. §. 8.* hæc verba jungat: *petiti ab eo*, ex quibus non difficulter colligitur, ad hanc exheredationis cauſam juſtificandam neceſſum eſſe, auxilium à patre fuiſſe petitum, ſed eidem denegatum, ùt concludit Weſenbec. *conſ. 29. num. 54.*

Nona exheredationis cauſa memoratur, *ſi liberi parentes* 18
ſuos teſtari probibuerint d. Nov. §. 9. quæ etiam in *l. 23. C. de inoff. teſtam.* proponitur, atque locum habet, ſive directè ſive indirectè paternæ voluntati obſiſtant v.g. efficiendo, ne teſtes venire poſſint *l. 2. pr. ff. ſi quis aliq. teſt. probib.* ſive vi *l. 1. C. eod.* ſive importunis ſollicitationibus & perſuaſionibus, maximè ſi minæ fuerint immixtæ Stryck. *diſſ. de blanditiis cap. 4. num. 26.* Ut autem ex hoc capite exheredatio procedat, ſupponi debet caſus, quo poſteà parentes facultatem teſtandi nacti fuerint; nam ſi perſeverante liberorum impedimento nullum á parentibus conditum ſit teſtamentum (quod & de prohibita prioris voluntatis mutatione intellige) nihilominus eis hereditas tanquam indignis aufertur, & fiſco vindicatur *d. Novell. 115. cap. 3. §. 9. & l. 1. ff. ſi quis aliquem teſtari.* etſi quorun-

dam locorum ſtatutis particularibus, veluti Bavarico, quod allegat Manzius *loc. cit. §. 35.* hereditas cæteris proximioribus, ſi qui adſint, accreſcat. Quemadmodum ſi duo fuerint fratres, & alter parentem ſupremam mentem declarare impediêrit, teſtibus fortè aditum intercipiens, aut ſolennia peragenda prohibens, alter verò nihil tale molitus ex ſua parte libertatem teſtandi non violaverit, virilem ſuam portionem jure capiet, cùm alteri alterius perverſitas non debeat nocere, nec fiſcus alieni criminis pœnam in alterius damni occaſionem arripere poſſit Harprecht ad *lib. 2. tit. 13. Inſt. n. 36.* Cæterùm ſi vivo patre & non conſentiente filius de ejus hereditate paciſcatur, etſi quidem improbum hoc ſit, & plerumque triſtiſſimi eventus, ùt eſt in *l. fin. C. de pact.* tamen juxta communiorem non fundat cauſam excluſionis Manz. *loc. cit. num. 39.* & alii, quos allegat.

19 Decima cauſa eſt: *ſi præter voluntatem parentum liberi ſe arenariis vel mimis conjunxerint d. N. & cap. §. 10.* quia honeſtis parentibus (nam ſi ipſi ſordeant ſua profeſſione, non poterunt eandem in liberis reprobare *l. 11. Cod. de inoff. teſtam.* & *arg. l. 3. §. 5. ff. ad Leg. Jul. de adult.*) nihil triſtius accidere poteſt, quàm ſi videant liberos ſuos, inhoneſtorum hominum delectari conſortiis, quales ſunt, qui in arenam (unde arenarii dicuntur) non ſinè vitæ periculo cum beſtiis publicè pro mercede pugnandi causâ deſcendunt, & adeò pro infamibus habentur, ùt ſatìs indicant *l. 1. §. 6. ff. de poſtul. l. 1. §. 1. ff. de ædilit. Edict. l. 21. §. 2. ff. de teſtam. l. 38. princ. ff. de bonis libert.* Mimus verò eſt, qui publicè vel privatim alios voce & facto ludicrè turpitérque ſectatur, germanicè ein Gaucklet, ùt ex Bocero interpretatur Harprecht *loc. cit. n. 38.* confer Briſon. de *ſignif. verb. ſub voc. mimi.* ubi docet, illos propter impudicos corporis motus & indecentes geſticulationes meritò turpes habitos fuiſſe.

20 Non ineptè quisquam quæſiêrit, quid hoc loco de perſonis ſcenicis ſentiendum? an filius, qui ſe illis adjungit, exheredari poſſit? Quod jure Romano omninò affirmandum eſt, ſi-

qui-

quidem tales actores fabularum, artis ludicræ pronunciandíve causa in scenam prodeuntes quid aliud sunt, quàm mimi theatrales? qui meritò pro infamibus habentur, & in edicto mox inter primos notati sunt *vid. l. 1. ff. de his, qui notant. infam.* siquidem eos plerumque perditæ vitæ, & in omnibus perfectè nequam fuisse, abundè constat. Verùm cùm hodie & scenas habeamus multò modestiores, & temporum indulgentia Romanam severitatem dudum excusserit, non putamus, hanc artis vanitatem tanti constare filio scenico, ut propterea exheredetur. In hanc rem singularem Tractatum edidit Albericus Gentili, quem inscripsit *de Actoribus, & Spectatoribus fabularum non notandis.* Etsi fortasse in aliquibus locis aliud habeat observantiæ gravitas. Et fortè adhuc hodie faciliùs exheredatio procedet, si ea sit parentum conditio atque dignitas, ut his luctuosum non minùs, quàm indecorum videri debeat, filium questûs causâ in scenam prodeuntem habere.

Undecima exheredationis causa censetur, *si filia aut neptis,* 21
parentibus, maritum & dotem congruam offerentibus, non consenserit, sed luxuriosam vitam eligerit d. Nov. & cap. §. 11. & l. 19. C. de inoff. testam. ex qua nimirum luctus acerbissimus probis & honestis parentibus oritur, familiæ dedecus, ipsísque peccantibus, præsertim fœminis, in quibus pudor & cura castimoniæ longè major requiritur, æternum opprobrium. Quòd si tamen filia annum vigesimum quintum excesserit, &, dum parentes ei honestam nubendi conditionem, cùm possent invenire, non quærunt, fortè in corpus suum clam peccaverit, aut marito se, libero tamen, sinè parentum consensu conjunxerit, non poterit exheredari, cùm potiùs parentum culpâ id commississe cognoscatur, *d. Nov. & authent. sed si C. de inoff. testam.* Si verò non clam, sed palam turpiter, adeóque more meretricio vivat, etiam majorennis exheredabitur Harprecht *cit. loc. num. 41.* ubi turpis vita non ab uno actu, sed pluribus desumitur: quia ad hoc, ut filia exheredari possit, non sufficit, quòd cum aliquo se carnaliter copulaverit, sed requi-

ritur, quòd ſit meretrix, & quòd ſui corporis quæſtum faciat, ſic quòd ſe proſtituat in loco lupanario, vel alibi causâ quæſtûs, ùt indicat *cit. l. 19.* ibi : *turpiter, & cum flagitioſa fœditate*, & pluribus demonſtrat Vasquius de *ſucceſſ. creat. l. 2. §. 20. num. 151.* ex quo etiam Stryckius *cit. loc. num. 22.* rectè defendit, filiam, ſi ſe à ſponſo cognoſci paſſa ſit, per hoc ſucceſſione minimè privandam videri, cùm matrimonium ſubſequens vitia antecedentia diluat *cap. tant. 10. qui filii ſint legit.* cui multò magìs jungas, ſi filia non libidinis causâ ſe proſtituerit, ſed inſidiis fortè nequiſſimi hominis, aut etiam blandimentis decepta ſit *l. un. C. de raptu virg.* arg. *d. Nov. in verbis, luxurioſam vitam.* Diſſentit Joan. Voët. ad *ff. tit. de inoff. teſt. n. 26. ad fin.* Paucis. Filia minorennis ſi rejecta conditione nubendi luxurioſam vitam elegerit, ſæpiúsque in corpus ſuum peccaverit, tametſi publicè meretricem non agat, exheredari poteſt; majorennis non aliter, quàm ſi palam corpus ſuum meretricio more proſtituat. De filiabus autem tantùm Novella concepta eſt; adeóque ad filios ſcortantes eò minùs extendenda, quod àliàs conſtet ſub fœmineo ſex maſculinum non comprehendi *l. 45. ff. de legat. 2.* majorémque ſemper caſtitatem in filiabus, quàm in filiis jure Romano requiſitam fuiſſe Zoëſ. ad *ff. lib. 28. tit. 2. num. 16.* Filium tamen, ſi cum turpi & inhoneſta muliere matrimonium contraxerit, exheredari potuiſſe conſtat ex *l. 18. §. 5. ff. de bon. poſſeſſ. cont. tab.*

22 Cæterùm non inelegans hoc loco quæſtio proponitur, an liberi, qui ſinè conſenſu parentum nupſerunt, propterea ſucceſſione privari poſſint? ubi, ſi de moribus, inſtitutísque populorum loquamur, magnæ partis Europæ indubitata eſt obſervantia, ut in ſimilibus caſibus juſta videatur exheredatio, prout in ſuis ditionibus hereditariis Carolus V. Imperator teſte Weſenbec. *de liber. & poſth. exhered. n. 5.* in Regno Galliæ Henricus II. ſancivit Annæ Robert. *rer. judic. part. 2. cap. 9.* Idem receptum in Electoratu Saxoniæ Beart. *de ſponſal. cap. 20.* & Brandenburgico Mev. in *commun. J. Lubec. l. 1. tit. 4. art. 2. n. 8.* & in Belgio Vinn. *in Comment. ad Inſt. tit. de*

in-

inoff. teſtam. pr. n. 2. De jure communi affirmant, negant. Diſputatio eò incumbit, an nuptiæ à filiisfamilias ſiné conſenſu parentum contractæ jure civili validæ fuerint, an ſecùs? Sunt non pauci, qui opinantur eo jure conſenſum patris ſaltem ad juſtitiam matrimonii requiſitum fuiſſe, ita, ut nuptiæ ſinè ejus conſenſu contractæ ſint quidem injuſtæ, injuſti liberi, injuſta uxor, nec ullum à jure civili tributum legitimo matrimonio effectum ſortiantur *§. pen. Inſt. de nupt.* ibi: *quantum ad patriam poteſtatem*; poſtquam tamen ſemel liberis obſignatum fuerit matrimonium, ampliùs à parentibus id diſtrahi non potuiſſe *l. 1. §. ult. ff. ad exhib.* ubi *benè concordantia matrimonia jure patriæ poteſtatis non eſſe turbanda* docet Ulpianus, & Paulus in *l. 2. ſent. tit. 19. eorum, qui in poteſtate patris ſunt, ſinè voluntate ejus matrimonia non contrahuntur; ſed conjuncta non diſſolvuntur.* Mihi tamen cum Hoppio Huber. ad *Inſt. tit. de nupt. num. 16.* item *l. 1. digreſſ. part. 2. cap. 15. & 16.* verior ſemper viſa eſt ſententia, parentum conſenſum ad valorem nuptiarum abruptè deſideratum eſſe, ſinè quo illæ omninò irritæ, ac nullius planè momenti habebantur. Id variis juris noſtri textibus roboratur. In *l. 2. ff. de R. N.* junctâ *l. 16. 18. & 34. ff. eod.* expreſsè aſſeritur, nuptias liberorum ſinè conſenſu, quorum in poteſtate ſunt, conſiſtere non poſſe. In *l. 11. ff. de ſtat. hom.* Paulus reſpondit, *eum, qui vivente patre, & ignorante de conjunctione filiæ conceptus eſt, licèt poſt mortem avi*, atque adeò tempore, quo matrimonium ſtare potuit, *natus eſt, juſtum filium ei, ex quo conceptus eſt, eſſe non videri.* Et negat Ulpianus in *l. 13. §. 6. ff. ad L. Juliam. de adult.* in eam, quæ uxor ducta eſt, adulterium admitti, niſi poſtquam conſenſus patris acceſſerit, nuptiæque reconciliatæ ſunt; quamquam in *d. l. 13. § 1.* ſtatuat, etiam in uxorem injuſtam, id eſt, quæ non ſolenni modo ducta eſſet, adulterium committi. Ac demum dicta egregiè confirmat Imp. in *d. §. pen.* ubi liberi contra præcepta (inter quæ primum locum occupat patris in nuptias conſenſus *princ. Inſt. de nupt.*) legum nati, non pro natis è conjugio, ſed pro ſpuriis habentur, ſcilicet, quod ad jus patriæ

triæ poteſtatis attinet: nam hi alioquin à naturalibus differunt, quòd iſti dicantur ex concubina, certóque patre editi, illi vulgò concepti, & incerto patre nati. Nec quisquam, qui in Romana gente rigorem patriæ poteſtatis, ejúsque effectus expenderit, miretur, nullam liberis deſe, ſuóque ſtatu diſponendi ſinè parentum conſenſu facultatem tributam eſſe arg. *l. 4. ff. de R. J.* qui inſuper id maximè inconvenientiſſimum, duriſſimúmque cenſebant, ut parentibus invitis ſuus agnaſceretur heres *§. 7. Inſt. de adopt.* quod utique eventurum erat, ſi filio uxorem ducere fas eſſet invito patre. Unde olim non abs ratione apud veteres dubitatum memorat Imp. in *princ. Inſt. de nupt.* filióne patris furioſi nuptias ſibi conciliare liceret, eò quòd patris conſenſus intercedere non poſſet; de filia certum habentes, eam tum arbitratu ſuo nubere poſſe, utpote, quæ in alienam tranſitura familiam, patri ſuum heredem minimè obtruderet *l. 25. cod. de nupt.*

23 Ad objectos ex Ulpiano & Paulo textus nihil liquidiùs eſt, quàm ut illi non de matrimonio, ſinè conſenſu patris inito, quod nullum eſt, ſed de vero, quod jure patriæ poteſtatis turbari non debet, intelligamus. Sed priùs; nam id multis paradoxum, abſurdúmque videbitur, nobis probandum erit, tantam fuiſſe veteribus Romanis patriæ poteſtatis vim, divortiorúmque licentiam, ut pater etiam absque filiæ, filiíque ſui conſenſu nuptias, ſuo priùs conſenſu initas, optimè cohærentes, liberísque ſubnixas pro ſuo arbitrio divellere potuerit. Id Cujacius ad *Nov. 22.* aliíque vulgò ſatìs patere volunt ex Ennianis verſibus, ubi filia

Injuriâ, inquit, *abs te afficior indigna pater;*
Nam ſi improbum eſſe Cteſiphonem exiſtimaveras,
Cur me huic locabas nuptui? ſin eſt probus,
Cur talem invitum invitam cogis linquere?

Et refert Suetonius in vita Auguſti *cap. 63.* cùm hic Tiberium privignum ſuum elegiſſet, eum quoque coëgiſſe prægnantem ſuam uxorem, & ex qua jam pater erat, dimittere. Idem in

in vita Tiberii *cap. 7.* refert, eum Agrippinam uxorem duxisse, sublatóque ex ea filio Druso, quamquàm benè convenientem rursúmque gravidam, dimittere, ac Juliam Augusti filiam confestim ducere coactum esse; non sinè magno animi angore; cùm & Agrippinæ consuetudine teneretur, & Juliæ mores improbaret, quam semel omninò ex occursu visam adeò contentis & tumentibus oculis prosecutus est, ut custoditum sit, ne unquam in conspectum ejus posteà veniret. Sed neque hujus paternæ licentiæ in juris nostri libris desunt vestigia; nam apud Ulpianum in *l. 32. §. 19. ff. de donat. int. vir. & uxor.* Socer nurui repudium mittit, invitô filiô, qui dicitur ibi cum uxore sua concordare, quo retineant matrimonium. Eóque casu refert JCtus, *Rescripto Imperatoris nostri cum Patre*, id est, Severi ac Antonini *cautum est, ut conjugum voluntas prævaleat.* imò jam dudũ id antè à Marco Antonino Philosopho constitutum fuisse testantur Impp. in *l. 5. cod. de repud.* Quibûs ita positìs nemo jam negare ausit, eundem Ulpiani locum in *l. 1. §. ult.* de vero matrimonio, quod jure patriæ potestatis turbari non debet, intelligendum esse. Et addit ibi JCtus, *quod sic erit adhibendum, ut patri persuadeatur, ne acerbè patriam potestatem exerceat*, siquidem non directè ei prohibetur hìc uti jure suo, verùm persuadendi viâ proceditur, ut Judex eum moneat, ne præfractè jure suo utatur. Neque alienum ab Ulpiano nostráque assertione Pauli effatum est. Negat supra *cit. loc.* is, *eorum, qui in potestate sunt, sinè patris consensu matrimonium jure contrahi posse.* Quid hoc aliud est, quam posse parentem tale matrimonium dissolvere. Verum ait, *contracta non solvuntur*, hoc est, non habet idem jus in solvendis, quod habet in nuptiis contrahendis. In contrahendis facit, quod vult, in contractis ejus cessat potestas, vel saltem restrictior est; cùm igitur Paulus in ea sententia agat de nuptiis contractis, clarum est, eum non agere de his, qui ob defectum paterni consensus nunquam consistere, aut contractæ dici potuerunt. E quibus omnibus, ni fallor, manifestè consequitur, parentes nuptias liberorum, quos in potestate

habent, invitis ſe contractas, ita ſemper reſcindere valuiſſe, ut liberos à conjugibus, vitio adſcitis ſegregare, domúmque abducere potuerint, quatenus prudentiæ rationes patri juris rigorem ſeponere, & conſenſum hujusmodi conjugio impertiri non ſuadent; ídque ex ratione; quia leges non matrimonium illud, ſed illicitum coutubernium reputabant *l. 11. ff. de ſtat. hom. l. 13. §. 6. ff. ad L. Jul. de adult. princ.* & *§. pen. Inſt. d. nupt.* Quòdſi jam cum hactenùs diſputatis verba *Nov. 115. cap. 3. §. 11.* componamus, vehementer fallor, ſi non in hunc ipſiſſimum caſum diſertè Imp. reſpexerit: *ſi filia minor*, ait, *conditioni nubendi à parentibus oblatæ non conſenſerit, ſed luxurioſam vitam degere elegerit*, & rurſus de filia majorenne. *Si contigerit in corpus ſuum eam peccare, aut ſinè conſenſu parentum marito ſe conjungere*: utrumque in hac impunè, in illa exheredatione dignum voluit Cæſar; &, cùm in majorenne duos velut diſtinctos caſus expreſſiſſe videretur, in minore utrumque ſimplicî phrasî complexus eſt, *ſi luxurioſam vitam degere elegerit*; nec enim minùs luxuriatur, qui alicui ſe in figura conjugii contra leges copulat, quàm quæ furtivis amoribus alicui adhæret. Unde facilè ſuperſedere poſſumus illa quorundam diſputatione, quid per *luxurioſam vitam* ibi Imp. intellexerit: nam, ut meretriciam vitam inde eliciamus, & tam portentoſæ libidinis filiam fingamus, quæ contemptîs conjugii vinculîs maluit omnibus paſſim corpus ſuum evulgare, probabilitate caret, atque ab Imperatoris mente videtur eſſe alieniſſimum.

24 Verùm, quia Jure Canonico, quod hìc ſequimur, deciſum eſt, conſenſum parentum ad matrimoniũ validè contrahendum non requiri, adeò, ùt *Conc. Trid. ſeſſ. 24. cap. 1. de reform. matrim.* anathematis fulmine feriat eos, qui ſuſtinent, matrimonia ſinè eorum conſenſu à liberis contracta irrita eſſe, vel ab ipſis parentibus diſſolvi poſſe; hinc quoque ratio, utpote matrimonio legitimè ſubſiſtente, exheredandi liberos deſiit. Et, cùm non rarò contingat, quòd parentes optimas lautásque conditiones nuptiarum nulla de cauſa, aut ſaltem non facilè ſufficienti averſentur, nimis id rigidum, & ſæpè pericu-

riculum mali exitûs foret, ſi filium, filiámve alioquin prudenter, ac conſultò nubentem, ita jam obſtinato parentum diſſenſu, ab eorum arceri hereditate ſtatuatur. Aliud planè videtur eſſe, ſi nuptiæ cum turpi, & indigna perſona fuerint contractæ, ubi liberos rectè exheredari exiſtimant Fachin. *lib. 3. controv. cap. 44.* Mevius *lib. 1. tit. 4. art. 2. num. 19.* Gail. *lib. 2. obſ. 95. num. 17. & 18.* qui etiam explicat, quis vilis & indignus in hac quæſtione habeatur.

Nihilominùs tamen plurium locorum ſtatutis in liberos 25
inconſultîs parentibûs nubentes exheredationis pœna renovata eſt, quorum juſtitiam Decius ad *l. 9. nuptias ff. de R. J. num. 7.* idémque in *conſ. 231. col. 2.* Jaſon & Faber in *l. ſi filiam. Cod. de inoff. teſtam.* Abb. in *c. 1. de ſponſ. impub. & conſ. 12. l. 1.* Alex. *conſ. 1. lib. 3. & in rubr. ff. ſolut. matr. col. fin. & conſ. 97.* aliíque ex eo conantur infringere, quòd, cùm in omni actu, cumprimis verò in legibus ferendis concurrere debeat voluntas & poteſtas, hæc in Laicis quoad cauſas ſpirituales, ùt eſt matrimonium, prorſus deficiat, nec poſſit quis per impoſitionem pœnæ, qualis eſſet exheredatio, retardari, aut abdicari à nuptiis, quæ liberæ eſſe debent: liberæ autem non eſſent, ſi voluntas contrahentium metu exheredationis ad alienum arbitrium adſtringeretur. Verùm quia ipſa Gloſſa in *cap. cum ſecund. leg. de hæret in 6.* atque etiam cum paucis equidem aliis Vasquius *loc. cit. num. 628.* contrarium teneat, nimirum ſimile ſtatutum omnino valere, non veremur ejusdem rationibus accedere: primò enim nihil hìc diſponitur circa validitatem matrimonii, ſed tantùm puniuntur contrahentes, quæ punitio longè remota eſt ab ipſarum nuptiarum validitate. Dein pœna ſtatuti hìc non conſiſtit in bonis amittendis jam habitis, vel corpore plectendo, affligendóve, ſed in denegatione alicujus lucri, hoc eſt, hereditatis, aut legitimæ conſequendæ, cujus præſtatio, cùm non deſcendat à lege Canonica, ſed Civili, poteſt per eandem legem juſta de cauſa denegari. Validiſſimas autem eſſe rationes liberos hac in re conſenſui parentum alligandi, ex ſuprà dictis abundè conſtat.

Denique licèt inferior nequeat contravenire, reluctaríque adversùs legem ſuperioris, non tamen denegatur ei facultas coadjuvandi: nam cùm ipſæ leges Canonicæ liberis aſſenſum parentum hac parte adhibendum ſatìs enixè commendent; atque ipſa naturalis ratio gravi reverentiæ ac pietatis vinculo eò liberos obſtringat, adeò ut hujusmodi nuptiæ à filiisfamiliàs ſpreto parentum arbitrio contractæ omni jure ùt illicitæ damnatæ fuerint *cap. 1. c. 30. q. 5. cap. 12. & 13. c. 32. q. 2.* non malè videtur agere Legislator Politicus, ſi eos adhuc arctioribûs modîs adſtringat, alioquin ceſſante metu pœnæ facilè pietatis officium eluſuros. Dein pater electo à liberis conjugio vel prudenti & gravi ex cauſa reluctatur, vel improbabiliter reſiſtit? ſi prius: quis liberos non maxima reprehenſione dignos cenſeat, aut eam legi civili abroget poteſtatem, quo minùs parentibus fas ſit, eos à ſua ſucceſſione excludere? ſi poſterius: tantùm abeſt, ut ob id liberi exheredari mereantur, ut etiam parentes officio judicis cogi poſſint ad conſenſum liberis dotémque congruam iisdem impertiendam *l. 19. ff. de rit. nupt.* neque ſtatutum aliquod vigere credimus, quod in hunc quoque caſum parentibus tribuat exheredandi facultatem.

26 Duodecima exheredationis cauſa judicatur: ſi liberi parenti furioſo curam competentem, & obſequium non præbuerint: cùm ferè paria cenſeantur mortis cauſam præſtare, & furioſum negligere, ſiquidem ille de alimentis, aliisque neceſſariis ſibi providere, aut pericula, in quæ rabies ànimi impellit, evitare, aut fugere neſcit. Igitur filius vel filia curam parentis in hoc ſtatu nullam habentes ab eo poſteà ſanitate recepta, jure exheredantur: vel ſi in ipſo furore deceſſerit inteſtatus, aut mutato teſtamento, quod ante furorem fecerat, in quo filium vel extraneum heredem ſcripſerat, qui poſtmodum teſtatorem furore correptum non procuravit, heredi legitimo, vel teſtamentario hereditas quaſi indigno aufertur, & non fiſco, ſed extraneo applicatur, ſi quis ſit, qui pietate vel miſericordia motus furioſi iſtius curam ſuſceperit

Har-

Harprecht *num. 43.* ita enim emolumento quodam ad hanc diligentiam invitandi ſunt, ne furioſus ab omnibus deſtituatur. Scripti verò heredes vel ante furorem, vel tempore lucidi intervalli ob tam enormem negligentiam meritò ſucceſſione privandi, utcunque cæterîs teſtamenti articulîs in ſua firmitate permanentibûs *Nov. noſtra c. 3. §. 12. in fin. & auth. liberi Cod. de Epiſc. audient.* Sed verò hìc ab extraneo exigitur, quòd ſi aliquem furore correptum à ſuis neglectum viderit, atteſtationem ad heredes ejus futuros dirigat, ut ejus curam ſuſcipere feſtinent; qua neglecta extraneus demum, ſi is furioſum ad vitæ finem ſe procurâſſe monſtraverit, ejus, excluſis vel ſcriptis vel legitimis heredibus, hereditate potietur.

Illud quidem controvertitur, an æquè exheredari poſ- 27
ſit, qui patrem aliàs ægrotum, aut miſerum non curat? quod Cujacius ad *Nov. 18.* Sichard. ad *auth. C. de liber. præt. num. 4.* omninò affirmant; cùm tali etiam hereditas quàſi indigno auferatur *l. 3. ff. de his, quæ ut indign.* Verùm ùt hoc non negent alii, ita tamen ſequelam rejiciunt. Cúmque Imperator in præſenti cauſa ſæpiùs, & notanter furorem exprimat, non cenſetur eam ad alios caſus extendere, ſed magìs coarctare voluiſſe, ſiquidem etiam ſingularis planè turpitudo, reíque indignitas longè major, quàm in aliis caſibus, hìc ſubeſſe videtur; ipſiúsque Reipublicæ ùt maximè intereſſe, filios furioſorum patrum ad certiorem eorum cuſtodiam curámque hac pœnæ comminatione adſtringi, ne illi ſibi ipſis relicti cum periculo aliorum fortè evagentur, aut alias faciem publicam miſeriâ ſuâ dehoneſtent vid. Manzius *l. cit. num. 46.* In ſumma plurimum hìc Judicis arbitrium ſibi vindicare exiſtimamus, ut quemadmodum nec quælibet deſertio juſtam exheredationis cauſam præbere debet, ut ſi fortè morbus patris contagioſus foret, ita nec alii caſus, quibus liberi requiſiti parentibus ægrotis, aut miſeris, alimenta, medicinas, aliáve neceſſaria denegant, ab hac legis ſanctione prorſus eximantur, ùt iterum Jure Bavarico & Würtembergico cautum eſt. Unde conſultum

erit, ut pater poſteà ſanatus qualitatem & circumſtantias deſertionis in teſtamento exprimat, ſícque de re tota liqueat.

28 Decima tertia cauſa indicatur, ſi liberi parentes ſuos ab hoſtibus (idem de latronibus, furibus, piratis &c. ob æqualitatem rationis dicendum) captos, cùm poſſent, hoc eſt, ſi captivitas non ſit perpetua, aut Judicis ſententia determinata, redimere neglexerint. Differt hæc cauſa ab octava, ubi de redemptione ex carcere propter debitum vel delictum ſermo erat; hìc verò agitur de captivitate, qua quis ab hoſtibus detinetur; ob hanc enim impietatem & ingratitudinem à patre poſtliminio fortè reverſo exheredari juſtè poſſunt: vel ſi is apud hoſtes deceſſit, liberis, imò generaliter legitimis omnibus vel teſtamentariis heredibus, ſi fortè ante captivitatem teſtamentum fecerit, quod lege Cornelia confirmatur apud hoſtes eo moriente, & extraneis quidem, ſi ſciverint, ſeſe heredes fuiſſe ſcriptos à captivo, ſed negligentiores fuerint in eo redimendo, omnibus his hereditas, niſi minores fuerint 18. annis, quaſi ab indignis aufertur, non equidem fiſco, verùm Eccleſiæ applicanda, ut quidquid ex hujus hereditate venerit, in redemptionem captivorum inſumatur: eſt enim, ùt ait Gothofred. ad *hanc Nov. cap. 3. §. 12. l. 6.* hoc in pœnis irrogandis, quoad ejus fieri poteſt, ſervandum, ut pœna delicto ſimilis imponatur, quæ delinquentis animo ſpeciem delicti maximè repræſentet, ut per ea quisque puniatur, per quæ, vel in quibus peccaverit.

29 Verùm hodie quid juris in hoc articulo? certè enim cum moribus modernis captivitas non adimat teſtamenti factionem, hereditas liberis patrem non redimentibus non auferenda videtur, remiſſa per ſilentium patris eorum ingratitudine. Sed regeri poteſt, licèt captivi hodie de jure non impediantur, impediuntur tamen ſæpè, imò plerumque de facto, ut iis in captivitate commoda non adſit occaſio, aut etiam licentia teſtandi, & exheredes ſcribendi liberos, aut alios indignos declarandi. Igitur, ante omnia ad circumſtantias & qualitates loci, temporis, cumprimis verò hoſtium

manſuetudinem aut duritiem reſpiciendum eſt. Ut ſi quis ab hoſtibus noſtri nominis perpetuis Turcis capiatur, captúsque apud eos inteſtatus deceſſerit, difficilior ſit præſumptio remiſſionis; quoniam ab illis captivi plerumque in ſervitutem rediguntur, & præterea tam miſerè habentur, ut libertatem teſtandi vix inveniant, impetrare autem certò non audeant. Unde magìs in contrarium, & quidem eo vehementior eſt conjectura, nimirum parentes, ſi teſtari potuiſſent, liberis ingratis non peperciſſe, quo major hujus captivitatis calamitas, quæ ad miſerationem quemque commovere debet, eſſe noſcitur. Aliud proin, ſi de aliis hoſtibus loquamur, qui humanitatem Juris gentium magìs intelligunt, ſuísque captivis hoc modicum & ultimum ſolatium de rebus ſuis diſponendi haud ægrè concedunt, qui ſi dein nihilominùs inteſtati moriuntur, rectè abjeciſſe vindictam, & veniam delicto dediſſe, intelliguntur. Porro duo adhuc notanda ſunt: primò quòd hæc pœna exheredationis ſolùm contra illos hìc ſtatuta ſit, qui plenam pubertatem, hoc eſt, octavum & decimum annum adepti ſunt; quia ignoſcitur ætati minoris, qui redemptionem patris non procuravit *text. in hac Nov. jam ſupra cit. & auth. ſi captivi Cod. de Epiſc. & Clericis.* Dein, quòd licèt filiusfamilias mutuum contrahere non poſſit *l. 1. ff. ad SCtum Maced.* nec minor ſua bona obligare *l. 1. & tot. tit. ff. de reb. eorum, qui ſub tutel.* his tamen omnibus non attentis Imperator, ut, cùm finem velit, media non inhibeat, in ſimilibus caſibus, & dum filius ipſe pecunias non habet, licentiam dat mutuandi, & res mobiles, vel immobiles, etiam absque decreto pignori obligandi, ſive propriæ ipſius ſint, ſive patris redimendi; ſumus enim favor eſt liberationis captivorum, ob quam ſæpiùs regulas & principia juris communis inflectimus.

Decima quarta & ultima exheredationis cauſa eſt, ſi liberi hæretici ſint; tunc enim à patre Catholico exheredari poſſunt. Eſt enim tantum criminis hujus odium, ut hæretici ne quidem inſtitui poſſint in teſtamento *l. 3. C. de apoſtat. auth. credentes. C. de hæret.* & liberi hæretici patri nullo modo ſuc-

ſucceedunt, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, ſicque planè incapaces ſint omnis ſucceſſionis *l. 18. cum authen. ſequenti. Cod. d. t.* & *Nov. 118. cap. ult.* ſi enim, ùt ait Imperator Juſtinianus in *Nov. noſtra §. 14. verſu : quæ obtinere pro cauſis corporalibus cogitamus, quantò magis pro animarum ſalute providentia noſtræ ſollicitudinis eſt adhibenda? cùm animarum major, quàm corporum habenda ſit ratio.* Hæretici verò non ſolùm nobis ii dicuntur, qui fidem in quatuor ſanctis memoratis à Nov. Synodis probatam, ùt in Nicæna, Conſtantinopolitana, Epheſina prima, & Chalcedonenſi, non recipiunt, verùm etiam, qui ab aliis ſubſequentibus Conciliis, & cumprimis ab ultimo generali Tridentino notati, & declarati ſunt. Novella enim hæc, ùt rectè obſervat Manzius *loc. cit. n. 60.* lata & promulgata fuit Anno Chriſti 541. quo tempore tot hæreſes nondum fuerunt, quot poſteà ſuppullulârunt, neque tot Concilia habita; etſi Divo Hieronymo omnes ii vocentur hæretici, qui aliter ſacram Scripturam, quàm Spiritûs Sancti ſenſus flagitat, intelligunt, illúmque ſuum errorem pertinaciter defendunt *C. hæreſis 27. cauſ. 24. q. 3. c. 29. cauſ. 14. q. 3.* Interim in noſtro Imperio Romano Germanico ſcimus per ſolennem, & publicam ſanctionem, ſeu Pacem religioſam de Anno 1555. liberum Proteſtantibus exercitium permiſſum eſſe, indéque exheredationem ceſſare, ſi ex Proteſtantibus, & Reformatis unus ad noſtram Religionem Romano-Catholicam tranſiret, aut contrà Harprecht *loc. cit. à num. 48.* & Diether. ad Beſold. *Theſaur. pract. ſub voce Religio p. 814.* ubi teſtatur, in Camera non recipi ſimiles cauſas exheredationis propter diverſitatem, aut mutationem Religionis. Non eſt tamen, ut ultrà toleratos in Imperio hæc exemptio extendatur, aut alibi, quàm in obligatione memoratæ Pacificationis ejusdem rationes fundentur. Nam, quod ait Voëtius ad *ff. tit. de inoff. teſtam. num. 25.* Religionem magì flecti, ac duci perſuaſionibus, quàm pœnarum atrocitate cogi debere, nulláque odia graviora eſſe, quàm ex diverſitate opinionum de Sacris nata, ut adeò *nulla* ex hoc capite excluſiones à ſucceſ-

ceſ-

ſione admittantur, ad illorum ſaltem dogmata pertinere videtur, qui capita fidei cujusque conſcientiæ dictamine definiunt, indéque haud facilè quemquam hæretici nomine notare ſolent, aliîs contrà ſanioribûs, & vera Religione imbutîs hanc ſentendi, credendíve libertatem, an potiùs libidinem? meritò damnantibûs.

Illud magìs paradoxum videtur, quòd hæreſis ad cauſas 31
exheredationis referatur, dum hæreticus ne quidem ab aliquo in teſtamento heres ſcribi poteſt, jámque ipſo jure ab omni prorſus ſucceſſione excluſus eſt *l. 3. C. de apoſtat. & l. 4. cum ſeq. & auth. credentes. C. de hæret. & manich.* Exheredatio autem eſt excluſio ab hereditate aliàs jure competente, atque adeò ſupponit habitum, ùt loquimur, ſeu capacitatem in ſubjecto, quæ hìc nulla eſt. Igitur diſtinctionem adhibendam, & utriusque caſus diverſitatem hìc obſervari debere exiſtimamus. Scribi in teſtamento, aut codicillis hæreticus non poteſt, etiam, quando damnatus nondum eſt, ſed ſimul ac in hæreſin inciderit, jam incapax eſt; quia in hoc crimine pœnæ legales irrogantur ipſo jure, etiam ante ſententiam, vel accuſationem Tyraquel in *l. ſi unquam verbo revertatur. Cod. de revocand. donat.* Alfonſ. à Caſtro *de poteſt. leg. pœnal. l. 2. c. 10. cum. ſeq.* & *de juſt. hæret. punitione. l. 2. c. 11. fol. 183.* Joan. Lup in *cap. per veſtras. fol. 82. col. 4. de donat. inter vir. & uxor.* Contrà in exheredatione non ſufficit dicere, filium eſſe hæreticum, ſed etiam neceſſe eſt, ut hujus criminis convictus ſit, & condemnatus *l. ult. §. ult. ff. de bon. eorum, qui ante ſent. mort. l. 20. ff. de accuſat. l. 15. ff. de donat. l. 2. C. qui teſtam. facere poſſ.* Harprecht *loc. cit. num.* 50. Paucis: filius, qui heterodoxam fidem palam profitetur, nec heres ſcribi poteſt, tametſi maximè eum heredem ſuum pater cuperet *d. Nov. cap. 3. §. 14.* ibi: *non licet alios heredes ſibi inſtituere, niſi liberos orthodoxos, vel liberis non exiſtentibus, agnatos vel cognatos, qui ſcilicet Catholici ſunt. Quòdſi fortè ex filiis alii ſint orthodoxi, & Eccleſiæ Catholicæ communicantes, alii verò ab ea ſeparati, omnem parentum ſubſtantiam ad filios tantùm Catholicos pertinere ſancimus, licèt ultimas*

voluntates hujusmodi perſonæ fecerint, contra tenorem hujus noſtræ conſtitutionis diſponentes; clandeſtinus exheredari debet, ejúsque hæreſis ab herede probari; quo facto jam palam fit, quòd nec heres eſſe potuerit: aliàs ſi ſilentiô prætervectus ſit, teſtamentum ob non ſervatam Nov. formam nullitatis arguet; quòniam, cúm de ejus hæreſi non liqueat, pro tali habetur, ac ſi capax eſſet ſucceſſionis; cùm in jure paria ſint, non eſſe, ac non apparere *l. 30. ff. de teſtam. tutel. l. 77. ff. de cont. empt.*

32 Huic ferè ſimile aliquid in aliis etiam cauſis accidit, quæ æquè in caſu inteſtati locum habent, ut ita exheredatio abundare videatur. Sic, qui prohibuit aliquem teſtari, repellitur etiam ab inteſtato, ùt ſuprà ex Novella noſtra memoravimus, & pluribus adhuc conſtat ex *l. 2. C. ſi quis aliquem teſtari prohib.* & *l. 19. de his, quæ ut indignis.* Item, qui maledixit teſtatori tanquam injuriam gravem inferens non modò ingratus, verùm etiam ipſa hereditate indignus judicatur *l. 9. §. 1. ff. eodem.* Idem de liberis patrem furioſum negligentibus, dum is in furore decedit, ſupra *n. 26.* diximus. Confer *l. 3. ff. dict. tit.* & Peregrin. *de jure Fiſc. l. 4. tit. 3. n. 17.* Similiter ſeſe ſucceſſione parentum etiam inteſtata indignos reddent, ſi patrem captivum redimere neglexerint, eodem in captivitate mortuos, ſuprà *n. 28.* Ita tamen, ut hæc omnia ſæpiùs benigniorem interpretationem capere poſſint; nec ſemper neceſſariò, & ipſo jure excluſio ab hereditate ſequatur; nam ſi parens, etſi aliquando à ſuo filio teſtari vi impeditus fuerit, poſteà tamen libertatem & voluntatem ſuam, filiúmque exheredem declarandi ſpatium amplum, & commodum conſecutus, aut etiam furioſus ad ſanam mentem, aut captivus utcunque neglectus ad ſuos reverſus, nihilominus hi de filii ingratitudine tacuerint, sícque deceſſerint, eam remiſiſſe creduntur, nec ſucceſſio ab inteſtato deneganda eſt. Liberum enim (ùt ſæpiùs in Novell. indicatur: *ſit eis exheredandi licentia.* Item *erit ei poteſtas, utrum velit* &c.) parentibus eſt, an jure ſuo, quod in filios habent, uti velint, vel non. Pleniùs Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt.*

teſt. diſſert. 12. cap. 2. §. 28. & ſeq. Igitur ſingulare tantùm eſt in hæreſi, quòd ſive pater eapropter filium exheredem ſcripſerit, ſive inſtituerit, aut ab inteſtato deceſſerit, hæretici filii ad ſucceſſionem non admittantur, ſed eorum portio liberis Orthodoxis accreſcit: quòdſi hi defecerint, cognati Orthodoxi eam capient, hîs verò pariter non exiſtentibûs, ſi Clericus Eccleſiæ; ſi Laicus, Fiſco loci bona cedent Stryck. *cit. loc. §. 31.* Eſt enim hæc inter indignos & incapaces, ut jam alibi monuimus differentia, ut hi pro non ſcriptis habeantur, ſícque eorum portio capacibus cedat, indigni verò admittantur quidem, ſed Fiſcus ſuperveniat Manz. *tit. 10. q. 15. num. 3.*

Hæcque ſunt delicta liberorum, quibus ſucceſſione, aliísque commodis privari jure poſſunt. 33 Cùm verò non rarò etiam perdidiſſimi homines ad ſaniora conſilia ſeſe componant, experientiáque, ùt ait alibi Huberus, conſtet, ſæpè lubricæ adoleſcentiæ liberos in theatrum melioris vitæ productos agere perſonas non pœnitendas, ſequitur etiam hìc ob emendationem ac pœnitentiam liberorum juſtum alioquin rigorem quandoque remitti poſſe, de quo tamen inter Authores non undequaque convenit. Eſto enim, quòd per pœnitentiam in foro conſcientiæ culpa deleatur, non tamen æquè in exteriori pœna aufertur; cùm delictum propterea non aboleatur, *nemóque tali peccato pœnitentiâ ſuâ nocens eſſe deſinat per l. 65. in fine ff. de furtis.* ibíque Gothofred. *l. 1. §. 25. ff. depoſiti. l. 17. §. 1. ff. de ædilit. Edict. l. 5. ff. de vi bonorum raptor.* Unde communiùs tradunt DD. liberos, etſi ſuæ ingratitudinis pœniteat, nihilominus ſucceſſione excluſos manere. Perez ad *Cod. de liberis præteritis n. 21.* Covarruv. *variar. Reſolut. lib. 2. c. 10. n. 3.* Zoëſius ad *ff. de liber. & poſthum. n. 29.* Molina *tom. 1. tract. 2. diſput. 176. num 57.* Craſſus *§. teſtam. quæſt. 42. n. 6.* Nam, ſi ſola pœnitentia ſufficeret, rariùs haberet locum exheredatio ex iſtis cauſis memoratis; ingratitudine autem ſemel commiſſa patri filium exheredandi, illatúmque ſibi, ac familiæ dedecus ulciſcendi jus quæritur, quod ei ſola pœnitudine filii, ac ſinè

facto ſuo auferri nec poteſt, nec debet. Nam jus mihi competens mediante facto alterius ille alter mihi iterum adimere non poteſt, ſed etiam contra ejus voluntatem perdurabit, ùt eſt textus notabilis in *l. 10. §. 2. & fin. ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabul. & arg. l. 11. ff. de R.J.* ibi Decius latè in ſimili. Unde licèt jus ſeu facultas filii exheredandi mihi competeret ex facto illius filii ingratitudinem comittentis, adhuc tamen per eundem filium ea facultas mihi auferri non poteſt. Nec obeſt *l. 23. §. 1. C. de nupt.* nam ibi non dicitur, quòd per emendationem mulieris ſcenicæ jus alteri quæſitum minuatur, ſed id ſaltem habetur, quòd ſi derelicta mala, & inhoneſta converſatione ad frugem melioris vitæ rediêrit, turpitudo illa & macula, quam contraxit, tollatur, nihil ampliùs. Neque interereit, ùt ait Voëtius *cit. loc. num. 30.* etſi alii ita diſtinguant, utrum ante pœnitentiam exheredatio jam facta ſit, an poſt eam ſequatur, cùm ab incerto caſu conditi, vel non conditi teſtamenti pendere non debeat ingratitudinis coërcendæ facultas, ac condita quocunque tempore ſuprema voluntas, ſimúlque exheredatio morte demum teſtatoris firmitatem acquirat.

34 Alia adhuc diſtinctione hunc rigorem mitigare, filiíque pœnitentiæ ſaltem aliquid tribuere tentat Vasquius *de ſucceſſ. creat. l. 1. §. 10. n. 612.* & paſſim alii à Stryck. *loc. cit. §. 37.* relati, nimirum attendendum eſſe volunt ad cauſas ingratitudinis; quædam enim principaliter reſpiciunt perſonam ipſius filii, ut, ſi arenarius, aut beſtiarius ſit, vel filia turpiter vixerit, & in ſuum corpus peccaverit, & tunc peractâ pœnitentiâ turpitudo iſta purgatur, ut non ampliùs noceat. Quædam verò ſunt cauſæ, quæ principaliter reſpiciunt perſonam patris, ut, ſi in eum filius manus violentas injecerit, venenum propinaverit &c. & in his, licèt filius pœnitentiam largiſſimè egerit, nihilominus exheredari poterit; cùm ſemel injuria, tanta cumprimis facta, infecta fieri nequeat. Atque hujus opinionis fundamentum Vasquius in verbo: *permanſerit*, quod eſt in Novella noſtra ſæpè *cit. c. 3. §. 14. circa medium*, à nemine

ne, ùt ait, ſatis hactenus ponderato unicè ponit. Sed quia ibi de hæretico agitur, cui ad veritatem reverſo, & reconciliato ſanctæ Eccleſiæ Romanæ, ob ſingularem favorem converſionis per retrotractionem ſuccurritur, ùt ſolidè ac eruditè deducit Joan. Bapt. Coſta *tract. de retrotractat. cap. 8. caſu 22. per tot.* non putamus, tale in illa vocula latere myſterium; etſi non diffiteamur, in id omnino hortandos eſſe parentes, ne nimium juris ſui tenaces, & inexorabiles ſeſe præbeant, præſertim ſi in filiis, ad vitæ civilis decus iterum redeuntibus vera animi pœnitentia, ſpésque conſtantiæ appareat.

Aliud planè eſt, ſi remiſſio parentis, & reconciliatio, eá- 35
que expreſſa vel tacita, ut ſi filium in communem convictum & menſam recipiat, acceſſerit, Stryck. *loc. cit. §. 43.* & alii ab eo allegati. Hic enim ceſſante per talem remiſſionem cauſa exheredationis etiam ipſam voluntatem hereditatis adimendæ ceſſare vel illud argumento eſt, quòd legatum quoque per intervenientes inimicitias capitales vitiatum, reconciliatione poſtmodum ſubſecuta redintegretur *l. 4. ff. de adim. vel transfer. legat.* Eadem tamen à quibusdam, quam ſuprà attigimus, diſtinctio hìc rurſus adhibetur, ita, ut ſi reconciliatio intervenerit ante factam exheredationem, tunc quidem ingratitudo extincta videatur; ſi verò exheredatio jam ſemel decreta in teſtamento à patre ſit, ea ſuperveniente reconciliatione minimè impediatur, ita cumprimis Menoch. de *præſumpt. lib. 4. caſu 30. num. 3. & ſeqq.* atque etiam in defectu aliæ, & accedentis fortioris conjecturæ Zoëſ. ad *ff. de liber. & poſth. num. 19.* Ratio eſt, quòd exheredatio facta ſit in teſtamento ſolenni, formáque, quæ pro illius validitate prodita eſt; ergo non cenſetur ſublata ex reconciliationis actu non ſolenni; alioquin teſtamentum patris redderetur nullum ob evidens vitium præteritionis, indéque ſtatus teſtati ad caſum inteſtati redigeretur, fortaſſe contra voluntatem quoque parentis, ut qui, licèt filium in gratiam iterum ſuſceperit, dum verò teſtamentum non mutavit, aut exheredationem delevit, ſubſtituta inſtitutione neceſſaria, affectum ei hunc ſuum pro par-

te ſolùm, aut in aliis beneficiis indulgere voluiſſe videri poteſt, non ultra. Benignior tamen, atque ita ferè communior eſt contraria, nimirum exheredationem facta reconciliatione indiſtinctè ceſſare, quam tenent Fachin. *controv. lib. 6. cap. 79.* Craſſus *receptar. ſentent. §. teſt. quæſt. 42. num. 11.* Mantica de *conjectur. ultim. volunt. lib. 4. tit. ult. num. ult.* Barboſa ad *leg. 1. part. 4. num. 47. ff. ſolut. matrim.* Anton. Matthæus de *ſucceſſ. diſput. 5. th. 17.* præſertim ſi talia filii poſteriora merita deprehendantur, quæ præſumptiones, quas contra ſe aliàs habet, mollirent, & iram patris potuerint mitigare *l. 5. Cod. famil. erciſc.* Tholoſan. *Syntagm. Juris lib. 44. cap. 3. num. 4.* Tyraquell. ad *l. ſi unquam verb. donat. largitus Cod. de revocand. donat. num. 51.*

36 Sequuntur cauſæ, quibûs à filiis parentes exheredari poſſunt in eadem *Novella 115. cap. 4.* proditæ, ſúntque numero octo, ideóque pauciores, quàm quibus filii à parentibus exheredantur; quia plura parentibus aut licita ſunt, aut etiam conniventur, quàm liberis intuitu patriæ poteſtatis, sícque tot delicta cadere non videntur in parentes, quàm liberos, qui inſuper parentibus plura debent ob generationis reſpectum, & curam in educatione adhibitam. Nova tamen illuſtratione non putamus hìc opus eſſe, quia omnes ferè hæ cauſæ cum illis, quas hactenus explicavimus, conveniunt, dicítque Imperator *cit. loc. §. 8.* omnia in liberorum perſona ſervari debere, quæ ſuprà in parentibus dicta ſunt. Sic prima cauſa parentes exheredandi convenit cum tertia. Secunda cum quinta, quoniam ſublato hodie vitæ necísque jure *l. ult. Cod. de patr. poteſt.* patria poteſtas in pietate non in atrocitate conſiſtere debet *l. 5. in fin. ff. ad leg. Pompej. de Sicariis.* Tertia cum ſexta, ſi nimirum pater nurui ſuæ aut concubinæ filii ſeſe miſcuerit *dict. Nov. noſtra cap. 4. §. 3.* Quarta cum nona, hoc eſt, ſi parentes liberos ſuos in rebus illis, in quibus habent teſtamenti factionem, putà caſtrenſibus vel quaſi, teſtari prohibuerint. Quinta tamen in hoc ſpecialis eſt, ſi nimirum pater matri, aut hæc illi venenum propinaverit, vel ut inde

mo-

moriatur, vel ut in alienationem mentis incidat, quo çaſu parens in Legem Cornel. de Sicar. incidit, & ad ultimum ſupplicium rapitur. Sexta convenit iterum cnm duodecima; ſeptima cum decima tertia. Octava cum decima quarta. Pleniùs de his Stryck. *cit. diſſertat. cap. 3. §. 3.* Manzius ſæpè *cit. tit. 10. q. 7. per tot.* & Harprecht ad *Inſtit. tit. de exheredat. liberor. num. 52.* ubi has cauſas variis & præcipuè Romanæ Hiſtoriæ (nulla enim alia & vitiorum & virtutum tam fertilis) exemplis mirè dilucidat.

Fratrem à fratre ex tribus duntaxat cauſis exheredari poſ- 38
ſe, communis ſtatuit ſententia, videlicet, ſi mortem fratri intentaverit, vel capitis accuſaverit, vel magnam bonorum jacturam inferre voluerit *Nov. 22. cap. 47.* Etſi verò *cit. Nov.* non loquatur de exheredatione fraterna, ſed de ſucceſſione ab inteſtato, ita, ut propter cauſas ingratitudinis ibi enarratas portio ingrati fratri & matri accreſcat, nihilominùs tamen, ùt ſcribit Stryck. *cit. loc. c. 19. §. 42.* hoc multò magis extendi poteſt ad teſtamentariam diſpoſitionem; cùm ob quas cauſas quis removetur à ſucceſſione inteſtati, ob easdem eò faciliùs excludi poſſit à ſucceſſione teſtamenti. Coccej. *jur. controv. lib. 5. tit 2. q. 9.* contendit, fratri indiſtinctè in caſu prælatæ turpis perſonæ querelam competere; cùm in *l. 27. cod. de inoff. teſtam.* ob hanc contumeliam eidem querela ſimpliciter accommodetur. Si dicas, iniquum eſſe, ut frater ingratum fratrem, & v.g. vitæ ſuæ inſidiantem heredem teneatur admittere; reſpondetur, id facilè evitare poſſe teſtatorem, ſi modò turpem perſonam non inſtituat. Sed contra priorem ſententiam eſt, quòd veroſimile haud videatur, fratrem, cui aliàs nulla debetur legitima, adeóque nec ſucceſſio, ex tribus tantùm, parentes verò & liberos ex pluribus exheredari poſſe: quò enim minor inter aliquos neceſſitudo intercedit, tenuiórque eſt ratio relinquendæ hereditatis, eò quoque patentiorem viam eſſe conſtat, aliquem ab hereditate ſua removendi, ùt meritò cenſendum ſit, ex omnibus illis cauſis, quæ inter liberos, parentésque ad exheredandi facultatem ſufficiunt, multò ma-

magìs fratrem à fratre depelli poſſe. Quis enim ejus fratris patrocinium ſuſcipiat, & non maximè fraterna hereditate indignum eum pronunciet, qui gravibus convitiis famam fratris ſui contaminare, aut ei violentas etiam manus inferre, vel ejus thorum violare auſus eſt? At, inquis; quia frater aliter querelâ non gaudet, niſi ob contumeliam eidem ob prælationem turpis heredis illatam; cùm contrà liberi & parentes eâ ſine diſcrimine potiantur, hactenùs quoque fratris cauſa, reſtrictô cauſarum numerô, adjuvanda eſt. Regero, nullam injuriam, prælato turpi herede, tunc fratri illatam cenſeri, dum ipſe impius in fratrem ſuum extitit, adeóque delictô ſuô ab hereditate excluſus eſt; aut certè, ſi quæ adhuc injuria alicui hìc videri poſſet, illa tamen in comparatione ingratitudinis, quam frater adversùs defunctum patrare auſus eſt, longè dilutior erit, quàm ut teſtatoris voluntas ſubverti, eíque compendium hereditatis adjici debeat, qui ſe eo admiſſo in fratrem ſcelere, indignum reddidit. Certè, ſi tunc querelam fratri negamus, cùm is æquali cum herede turpitudine laborat, quis non turpiorem fratrem illo exiſtimabit, qui contractâ aliunde vitæ maculâ nihil in defunctum admiſit, quin etiam eundem fortè beneficiis multis demeruit? Unde ſatis, ni fallor, liquet, ingratitudinis cauſas, quæ in *Nov. 22. cap. 47.* memorantur, ad caſum, qui ibi proponitur, ab inteſtato ſucceſſionis reſtringendas eſſe, fratrémque ex pluribus cauſis exheredari poſſe, eò quòd faciliùs leges admittant, aliquem teſtatô elogiô ab hereditate removeri, quàm eâdem ab inteſtato velut indignum privari *Nov. 115. cap. 3.* Quòd verò *cit. Nov. 22.* cauſas exheredationis fraternæ non definiat, hoc vel inde colligitur, quia hæ diu poſt eam in liberis & parentibus per *Nov. 115.* definitæ ſunt; abſurdiſſimum autem eſſet, illas priùs in fratribus, quàm liberis & parentibus definitas eſſe. Adversùs poſteriorem ſententiam ſupra jam dicta id adhuc præcipuè militat, quòd huic conſectaneum foret, querelam etiam liberis, parentibúsque indiſtinctè, atque etiam admiſsâ ab iisdem causâ ingratitudinis,

nis, ſi turpis iis heres præferatur, competere, aut certè dicendum eſſet, cauſam liberorum, conditione fratrũ hactenùs deteriorem eſſe. Eò igitur res redit, ut, quoniam lex cauſas ingratitudinis in fratribus nominatim non circumſcripſit, atque ad certum numerum redegit, eatenùs juri veteri ſtandum, fatendúmque ſit, ex omnibus cauſis hodie fratrem à fratris ſui hereditate arceri poſſe, quoties is eam ingratitudinis notam admiſiſſe agnoſcitur, ob quam Judex eum fratris hereditate indignum, atque ab eadem arcendum eſſe cenſuerit: nam ſicut omnes admittunt, fratris exheredationem etiam ſinè cauſa adjecta validam eſſe, imò, fratri querelâ experienti adhuc hodie probationem incumbere, ſe adversùs defunctum nullam ingratitudinis cauſam commiſiſſe; cùm jus novum à veteri eatenùs receſſiſſe nusquam appareat, ſanè intelligi non poteſt, cur in numeris cauſarum, quæ jure Novellarum nullibi definitæ ſunt, ab antiquæ legislationis obſervantia, quæ rem arbitriô Judicis definiendam commiſit, divortium faciamus?

Vehemens inter DD. concertatio eſt, an exheredatio 38
præcisè ex cauſis, quæ in *Nov. 115. c. 3. & 4.* verbis expreſſæ ſunt, num etiam ob alias, ſimiles tamen aut majores, non nominatas procedat? Qui priùs aſſerunt, I. ad *Nov.* provocant, ubi diſertè Imp. in *princ. cap. 3.* teſtatur, quòd, cùm antiquitùs cauſæ ingratitudinis variis legibus diſperſæ, apertè certóque numero declaratæ non fuerint, quarum quædam nec dignæ ad ingratitudinem viſæ ſunt, aliquæ verò etiam cùm eſſent dignæ, prætermiſſæ, ideò neceſſarium eſſe duxerit, illas nominatim præſenti lege comprehendere, ita, ut *præter eas*, quas ipſe enarravit, *nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, niſi quæ in illius conſtitutionis ſerie continentur.* Cùm itaque hæc verba ſint taxativa, & per hanc Novellæ conſtitutionem omnes reliquæ cauſæ, quæ ibi non numerantur, rejectæ, judici fas non erit, exheredandi facultatem ad alias non hominatas, licèt æquè graves aut graviores cauſas extendere. II. Si ob alias non expreſſas cauſas exheredatio fie-

ri poſſet, quid opus fuiſſet ſpeciali cauſarum enumeratione? nec jam quatuordecim, ſed infinitæ propè ac innumerabiles cauſæ erunt. Aut quid Imp. conqueritur, ab antiquis graviores cauſas omiſſas? quòd ſi enim extenſio ad ſimiles vel graviores per ſe eſſet licita, non opus erat, ut Juſtinianus graviores cauſas memoraret. Denique in quo altercatio veterum ſublata dici poſſet, ſi nihil adhuc certi ſtatutum, & alias adhuc cauſas excogitare liceat ſinè lege? III. In quibus ſpecialis ſanctio legis requiritur, nulla ſimilitudo vel conſequentia admittitur. Hinc mandatum meri Imperii Lege Julia in caſu abſentiæ permiſſum *l. 1. ff. de offic. ejus, cui mand.* negatur ab Interpp. ad caſum morbi trahendum; ſed cauſæ exheredationis ſinè dubio ex ſpeciali lege proficiſcuntur. Et cum IV. exheredatio pœnalis, adeóque odioſa ſit *l. 19. ff. de lib. & poſth.* ea potiùs reſtringenda, quàm extendenda.

39 Altera ſententia affirmat, exheredationem ex aliis quoque cauſis æquè tamen gravibus, etſi non expreſſis permiſſam eſſe Fachin. *lib. 6. controv. cap. 76.* Manz. de *teſtam. valid. tit. 10. q. 9. num. 4.* Struv. *Exercit. 32. theſ. 33.* Voët. ad *tit. de inoff. teſtam. num. 24.* & alii magno numero apud Harp. de *exhered. lib. num. 65.* allegati. Quorum fundamenta ſunt I. quòd abſurdum ſit, atque à ratione juris longè alienum, ut cauſæ majores, vel etiam ſimiles illis, quas Imp. in *Nov. 115.* exheredationis pœnâ dignas, recenſuit, non eodem quoque jure cenſeantur, & v.g. qui mimis ſe aſſociavit, exheredari poſſit, non poſſit is, qui ſe furum aut latronum conſortio adjunxit, non poſſit perduellis, parricida, proditor patriæ: ubi enim par aut major eſt delicti qualitas, eadem quoque pœna imponenda eſt; ne ſimile aut gravius delictum vel maneat impunitum, vel minùs puniatur. II. Ex lege non ſolùm eſſe dicitur, quod expreſsé verbis legum continetur, ſed etiam, quod ex legum ſententia per interpretationem ratione duce colligitur *l. 6. §. 1. ff. de V. S. arg. l. 59. l. 64. §. 1. ff. de R. N. l. 1. junct. l. 3. ff. ad L. Pompej. de parric.* cùm enim omnes & ſingu-

li caſus in legibus comprehendi nequeant *l. 12. ff. de ll.* & no-

vas

vas quotidie formas edere natura deproperet *l. 2. §. 18. Cod. de vet. jur. enucl.* atque adeò, ubi ſententia legis in uno & altero manifeſta eſt, is, qui jurisdictioni præeſt, ad ſimilia procedere, atque ita jus dicere jubeatur *l. 12. & 13. ff. de ll.* neceſſe profectò fuerit, ut Novellæ, cauſas exheredationis determinanti, naturam effectúmque omnibus aliis legibus communem denegemus, niſi ejus ad ſimilia admittamus productionem. Unde III. Imperator in *2. feud. tit. 24. §. 2.* poſtquàm varias cauſas enarrâſſet, ob quas feudum amittitur, in fine notanter addit; ſed quia multis modis poteſt contingere, ut emergant cauſæ, quibus videatur juſtè adimi poſſe feudum; ideóque judex ſolers & diſcretus, & æquitati obſecundare ſollicitus, cuncta ſubtiliter diſpenſans providere debet, ſi qua fuerit ſimilis, vel major antiquioribus cauſis.

Fachin. & Voët. ad contraria & quidem I. reſpondent, 40
non hoc in *d. Nov.* intendiſſe Juſtinianum, ut cauſas ſimiles vel majores excluderet, ſed quòd noluerit cauſas legibus anterioribus expreſſas, & non ſatìs dignas ad exheredationem viſas, allegari ex illis aliis legibus anterioribus, ſed eas tantùm, quæ inde in hanc conſtitutionem translatæ ſunt, aut quæ cum prioribus legibus fuiſſent prætermiſſæ, nunc in hac lege fuerunt nominatæ. Et ſatìs conſtat, id ſaltem Imperatoris ibi fuiſſe propoſitum, licentiam exheredandi ex qualibet cauſa, quæ veteri jure obtinebat, ſuccidere, certámque determinare regulam, ſecundùm quam exheredationis cauſa, juſtáne, an injuſta ſit? examinari poſſit: quoniam igitur leges ſcire, non eſt earum verba tenere, ſed vim & poteſtatem, atque omnia lege contineri credantur, quæ ex ejus ratione & ſententia deſcendunt *l. 17. 29. & 30. ff. de ll.* nec ulla probabilis ratio intelligi poſſit, cur cauſæ, licèt verbis non expreſſæ, eandem tamen aut à majori rationem recipientes inde excludantur, dicendum eſt, eas quoque ex mente Imperatoris ibi tacitè fuiſſe comprehenſas, vel tanquam ſpecies ſub genere, vel ſicut ſub regulis finitis ac generalibus exempla & caſus in ſocietate civili ſingulariter occurrentes continentur. Qui ergo

in *Nov.* casus enumerantur, pro exemplis habendi sunt, quæ regulam neque faciunt *l. 13. Cod. de sent. & interl.* neque restringunt *l. 1. §. 25. ff. de vi & vi armat. l. 9. §. 3. in fin. ff. de jur. & fact. ignor.* sed saltem illustrant *l. 3. §. 2. ff. de collat. bon.* Ad II. Responsio quoque in priori occupata est. Neque enim hodie, admissis etiam aliis exheredationum causis, illud antiquæ incertitudinis periculum metuendum est, ex quo jam Imp. causas certas determinavit, eásque velut exemplar judicibus proposuit, ex quo ob rationis paritatem ac dissimilitudinem, in aliis factis emergentibus occurrentem, causam exheredatione dignam vel injustam statuere valeant. Ad III. distinquit Huber. ad *Inst. tit. de exhered. num. 12.* utrùm lex de casu uno, certo ac limitato, an de multis ac indefinitis agat, quales hæ causæ, de quibus loquimur. In priori genere difficiliùs extensio procedit, faciliùs in posteriore. Prætereà ait, videtur interesse, utrùm legis sanctio moralibûs personarum meritîs nitatur, an ratione merâ positivâ? si hac, casus, quem lex non ponit, sub eo, quem ponit, non comprehenditur: si illa, valdè durum absurdúmque foret, non producere legem ad illos casus, quibus merita illa prægnantiora sunt. Ad IV. responderi potest, quòd etsi quidem querela hoc sensu odiosa habeatur, quatenus non facilè ac sinè prægnanti causa permittendum est, ne liberis parentibúsque hereditas auferatur, unde etiam, si quid fortè in ejus forma peccatum sit, negatur benigna interpretatione juvanda *l. 19. ff. de lib. & posth.* non tamen eo effectu odiosa dicenda est, ut ne ob similes vel atrociores injurias patiatur extensionem, nisi quis pari ratione omnes pœnas odiosas esse putet sontibus decernendas, quas tamen ob identitatem rationis extendi posse satis manifestè patet ex *cap. un. de schismat. in 6.* sanè id longè odiosius foret, si pater sceleratum filium heredem habere cogatur, cujus hereditate tanto est indignior, quo graviore scelere erga patrem se obstrinxit, cui paria referre non potest. Unde quoque est; quòd si duo judices in quæstione inofficiosi pro herede, duo pro exheredato suffragia ferant, rata sit eorum

pro

pro herede adversùs exheredatum sententia *l. 10. ff. h. t.* quod admittendum haud fuisset, si in odiosorum classem Romani exheredationem credidissent referendam.

Sed quemadmodum utramque opinionem vel excessu 41
vel defectu laborare existimamus, ita eorum eò lubentiùs sequimur vestigia, qui mediâ inter utramque viâ incedentes, nec omnem extensionem aspernantur, sed eam saltem ad alias similes vel atrociores causas in *eodem*, non *diverso genere* admittunt, licèt æquè graves. Ita sentiunt Huber. *cit. loc.* Henric. Coccej. *tom. 2. disp. 59. cap. 2.* Plur. Rev. ac Clariss. D. Collega P. Placidus Böckhn *lib. 3. Decret. tit. 26. §. 6. num. 84.* Clariss. ac Consultiss. D. Collega Peregrini ad *Inst. tit. de exhered. n. 9.* Prioris membri ratio passim ex iis, quæ pro superiori sententia allegata sunt, & majori ratione pro nostra militant, passim ex eo constat, quòd nisi extensionem ad similia vel graviora in eodem causarum genere admittamus, sed verba nudè, ac casus, qui ibi nominatim propositi sunt, secundùm literam capiamus, fateri necessum sit, rem absurdissimam, sanæque rationi maximè contrariam Imperatorem statuisse, dum parenti liceret filium exheredare certa de causa non valde gravi, verùm si multò adversùs eum atrociùs peccâsset filius, id ei non licere: Quis neget, vel sub una exheredandi causa, *si gravem & inhonestam injuriam liberi parentibus intulerint*, generalibus verbis conceptâ, non utique verbalem tantùm, sed plurimos injuriarum modos, quæ certo Canone comprehendi nequeunt, adeòque eorum definitio arbitrio judicis permittenda erat, includi? Sic etsi quis filius perduellis (quamquam ille aliàs paternæ hereditatis sit incapax *l. 5. Cod. ad L. Jul. Majest.*) ideò fortè exheredari non posset; quia patriæ proditor est, cùm tamen & hic suum cum patria parentem prodat, eique per id injuriam gravem inferat, meritò ob hanc causam exheredatione dignus censetur: aliud exemplum vide suprà sub prima exheredandi causa. Similis quoque in aliis specialium causarum generibus casuum convenientia occurrere potest, ob quam civilis prudentiæ ratio

extenſionem imperet. Sic cùm exheredationem filius mereatur, qui patrem carcere clauſum non liberavit, qui patrem teſtari prohibuit; an non hoc teſtamentario fulmine dignus erit, qui ipſe patrem in carcerem compegerit, eum ad libidinem ſuam teſtari compulerit. Filium exheredare fas eſt, qui novercam corrupit; num filia, quæ ſe Vitrico ſubſtravit, matri invitæ heres fiet? Hæreticus exheredari poteſt, an non Atheus & Blasphemus, qui DEO convitiantur, eúmque abnegant. Sanè ad hos caſus rectiùs pertinet, quod ſupra dictum eſt, eos velut ſpecies ſub genere, aut velut exemplum ſub regula comprehendi. Neque verba *Nov.* tam violenta ſunt, ut hujusmodi extenſionem refugiant: dum enim Imp. exauctoratâ veteris juris licentiâ, quo prorſus arbitraria cauſarum dijudicatio erat, certas ipſe definitásque cauſas ad cohibendum vagum judicis arbitrium velut regulam, quam is in poſterum in dijudicandis exheredationum cauſis ſequeretur, præſcripſit, non voluit is judicem mutum & cœcum eſſe, ſed eum magis ad mentem & ſententiam legis reſpicere, atque adeò ex arte æquitatis, & paritate inevitabili rationis idem jus ſtatuere, ubi par aut major ratio apertè militaret. Interpretatio legum ſemper hoc habet conjunctum *l. 10. & ſeqq. ff. de ll. l. 13. ff. de teſtib. l. 11. ff. de pœn.* imò hæc ipſa cujúsque regulæ natura eſt, ut, cùm ea, tanquam præceptum generale, una tantùm ſpecie exhauriri nequeat, ad ſimiles caſus & ſpecies ſub eodem genere contentas applicetur: quo quidem ſequi neceſſum eſt, ut plures caſus & facta, ex quibus exheredatio procedat, quàm quatuordecim exiſtant, non plura factorum genera.

42 Poſterius Sententiæ noſtræ membrum ex eo conficitur, quòd admiſsâ promiſcuè ob diverſi generis cauſas exheredandi facultate antiqua fluctuatio & dubitatio rediret, quam Imp. tamen in *d. Nov.* penitùs ſuccidere, nimiámque interpretandi & extendendi licentiam cohibere, adeóque litium occaſiones abrumpere, & judices certis cancellis includere voluit. Id, quod ex verbis *Nov.* admodum emphaticis &

re-

reſtringentibus, *eas NOMINATIM præſenti lege comprehendere, ut PRÆTER IPSAS nulli liceat ex alia lege ingratitudinis cauſas opponere, CAUSAS AUTEM JUSTAS, HAS ESSE decernimus*, ſatis liquet. Neque verum eſt, quod quidam arguṭantur, Imperatorem duntaxat eas voluiſſe cauſas excludere, quæ aliis legibus continebantur, ſi non fuerint ea *Nov.* conſtitutione expreſſæ: nam & ad cauſas veteribus legibus omiſſas, exheredatione tamen dignas reſpexit, eásque, ex quibus tantùm exheredationem procedere voluit, determinavit, & velut in unum faſciculum collegit. Etſi jam fortè aliæ à nominatis cauſæ proferri poſſint, in quibus ob rationis ſimilitudinem idem quoque jus ſtatuendum eſſe videatur, ſi tamen toto genere diverſæ ſint, interpretis non eſt, nec judicis, jus in certis duntaxat cauſis conſtitutum ad eas extendere: neque enim hæc foret extenſio ex mente legis, ſed contra ipſius mentem; cùm ejus facultas in ipſa lege ſublata ſit. Sic etſi gravius ſit, filium habere lenonem, quàm ſi mimos ſequatur, ob lenocinium tamen exheredari poſſe filium haud aſſerendum, ne quidem ob venerem infandam, tametſi omnibus cauſis ſit atrocior. Multò minùs ob alia delicta, v.g. homicidium, furtum &c. quibus non ipſi parentes, ſed vel Respublica vel extraneus immediatè læditur, exheredatio permiſſa eſt; cùm talibus non exheredatio, ſed aliæ pœnæ legibus propoſitæ inveniantur. *Nov.* præcipuè agit de injuriis privatim in parentes admiſſis, quarum ultionem parentibus leges permiſêre; aliorum criminum coercitio non eſt in poteſtate privati, ſed Magiſtratûs; neque leges fiſco vel illis, qui ſublatô è medio filiô hereditatem ejus exſpectant, per eam exheredandi licentiam, promiſcuè conceſſam, præjudicium irrogare voluerunt. Textus, qui ſuprà in contrarium ex jure feudali allegatur, nobis negotium non faceſſit: loquitur ille de feudi amiſſione, cujus cauſæ non ea accuratione definitæ ſunt, quin aliàs ſimiles vel majores excludere voluerit Legislator; quin imò expreſsè ibi & in *2. feud. 23. princ.* dicitur, illas indefinitas & arbitrarias, & ex collatione

cau-

cauſarum exheredationis, revocandæ donationis & repudiorum interpretandas eſſe.

43 Priori Controverſiæ altera, nec minùs momentoſa quæſtio ſuccedit, utrùm, ſi exheredatio facta ſit ſinè elogio, teſtamentum ex *Nov. 115.* nullum ſit, an jure adhuc ſubſiſtat, & demum inofficioſi querelâ reſcindatur? Cui alteram, jam equidem à nobis ſuprà *cap. 1. §. 1. circa fin.* deciſam quæſtionem adjungimus, an æquè in caſu nullitatis, quam everſi per querelam teſtamenti, legatîs in ſalvo manentibûs, ſola heredis corruat inſtitutio? Pagenſtecher ad *Inſt. lib. 2. tit. 18. aphoris. 174.* cenſet, antiquum querelæ effectum, quòd actore vincente teſtamentum totum evertatur, nulla lege poſteriore immutatum eſſe. Nam *Nov. 115.* locus demum eſt, quando querela dari nequit, nempe cùm teſtamentum propter non obſervatam formam in ea Novella præſcriptam ipſo jure nullum eſt: eo enim caſu legata & fideicommiſſa ſalvantur, ſoláque ipſo jure reſcinditur inſtitutio. Itaque contendit liberos parentésque non ampliùs hodie uti querelâ, ſed ſolo nullitatis remedio, etiam tunc, cùm cauſa exheredationis apponitur: hæc enim, ſi falſa & improbabilis fuerit, perinde habetur, ac ſi expreſſa non fuiſſet, cùm Imperator in *cit. Nov. cap. 3. in fin.* poſtquàm & cauſam exheredationis exprimi, eámque ab herede probari juſſit, generalibus verbis caveat, *ſi autem hæc obſervata non fuerint;* adeóque & cauſa exheredationis probata, *nullum exheredatis præjudicium generari, nullámque vim, quantùm ad inſtitutionem, teſtamento huic conſtare.*

44 Contrà Vinn. *Select. quæſt. lib. 2. cap. 21.* Fachin. *Controv. lib. 4. cap. 78.* Vasquez. *lib. 2. de Succeſſ. creat. §. 20.* & plures alii putant, ea, quæ in dicta *Nov.* præſcripta ſunt, non ad internam teſtamenti ſolennitatem ritúmve exheredationis, ſed ad ejus duntaxat juſtitiam pertinere, adeóque volunt, ſi libri ſecundùm formam juris antiqui ritè exheredentur, puta nominatim, purè, ſimpliciter, tametſi nullum exheredationi elogium adſcriptum fuerit, teſtamentum adhuc ipſo jure validum

dum perſiſtere, ſolâ inofficioſi querelâ evertendum : cui conſequens eſt, ut liberîs à patre præteritîs, adeóque nullitatis remediô agentibûs hodiedum legata corruant, iis verò, querelâ vincentibus, ſubſiſtant, ſola corruente heredis inſtitutione. Horum præcipuæ rationes ſunt, quòd ex ipſius *Nov.* tenore ſatis appareat, Imperatorem non ibi novam exheredandi formam induxiſſe, ſed tantùm de cauſis egiſſe, ob quas exheredatio juſtè, vel injuſtè facta intelligatur ; at injuſtitia exheredationis non vitiat teſtamentum ipſo jure ; ergo. Quòd verò etiam elogium exheredationi apponi voluerit Imp. id ſaltem ad eum effectum pertinet, ne liberi, ſi heredi fas eſſet in probanda ingratitudinis cauſa per omnes injuriarum ſpecies vagari , falſis & confictis accuſationibus criminarentur , *vel aliqnam circumſcriptionem in parentum ſubſtantiis patiantur.* Quòdſi expreſſio cauſæ ad formam pertineat , non minùs ejusdem quoque probatio ad eam ſpectabit ; cùm hæc duo copulata oratione conjungantur *d. Nov. cap. 3. infin.* ibi : *ſive igitur omnes ingratitudinis cauſas , ſive unamquamlibet parentes teſtamento ſuo inſeruerint, & ſcripti heredes unam ex his veram eſſe monſtraverint*, ad hoc, ut *teſtamentum ſuam habeat firmitatem* ; at verò poſterius citra abſurdum dici nequit ; cùm aliàs in teſtatoris voluntate non foret , totam & integram exheredationis formam implere ; eó quòd probatio demum poſt mortem teſtatoris fieri debeat ab herede ; ergo neque expreſſionem cauſæ Imp. ad valorem teſtamenti videtur requiſiiſſe. Quod II. ex eo liquidiùs colligitur, quod in alterutrius defectum idem jus ac ſequela ſtatuatur , videlicet , ut EVACUATO, RESCISSO, *quantùm ad heredis inſtitutionem pertinet teſtamentô liberi, parentésque ad defuncti ab inteſtato perveniant hereditatem :* quô verò remediô id fiat ? Juſtinianus non exprimit ; cùm id aliàs ex ejus verbis , quibûs utitur , quæque de iis tantùm prædicari ſolent, quæ ab initio conſtiterunt, colligi queat ; ergo illud pro utroque caſu aliud eſſe non poteſt, quàm querela, quæ una exheredatis, aut præteritis, ea nempe præteritione , quæ pro exheredatione habetur , ſu-

pererat. Neque enim III. Imperatori propoſitum fuit, tollere inofficioſi querelam, ſed proniorem, atque expeditiorem ei viam parare, atque id potiſſimùm liberis afferre remedium, ne exheredati aut præteriti ob difficultatem probandi, ſe ſemper officioſos fuiſſe, parentum hereditate exciderent; cùm ergo duplicem effectum jure veteri exheredatio obtinuerit, unum, ut abſolvat teſtamenti ſolennitatem, ad quod ſufficit ritè eam factam eſſe, quamvis injuſta ſit; alterum ùt exheredatum ab hereditate ſubmoveat, ad quod inſuper requiritur, ut ea juſtis de cauſis adſcripta ſit; poſteriorem tantùm effectum reſtringere voluit Juſtinianus, priore in ſuo ſtatu relicto. Ad hæc IV. Imp. liberis tantùm proſpicere voluit, ne his noceret exheredatio, non conſulere aliis contra ſcriptos teſtamentô heredes; at verò, ſi liberîs ſine elogio exheredatîs teſtamentum ipſo jure nullum foret, id etiam extraneis defuncti heredibus proficeret, ad quos liberîs vel repudiantibûs, vel ante patrem decedentibus hereditas ab inteſtato devolveretur, exclusîs ſcriptîs in teſtamento heredibûs. Dein V. ſi cauſa ingratitudinis omiſſa teſtamentum ipſo jure nullum redderet, quanta ſtrages juri veteri per hanc unam conſtitutionem inferretur, cùm omnis ferè differentia inter ſuos & emancipatos, atque etiam à matre præteritos ſublata, uſus inſuper bonorum poſſeſſionis contra tabulas, nec non ipſius inofficioſi querelæ penitùs deleretur, ſdque, quod minimè credendum, ſinè ulla hujus correctionis mentione, aut juris novi, quod Imp. ubique facere conſuevit, commendatione.

45 Neque obſtare putant, quòd in *d. Nov.* diſertè Imp. jubeat cauſam ingratitudinis teſtamento inſeri: cùm ergo omne, quod contra legem fit, ipſo jure nullum ſit, etiam exheredatio ſinè elogio facta pro præteritione, ſeu illa exheredatione habetur, quæ non ritè ad formam antiquam, adeóque nulliter perpetrata eſt. Nam reſpondent, etiam Juſtinianum in *§. 5. I. de exhered. liber.* decreviſſe, ut emancipati heredes inſtituerentur, vel exheredarentur, nec tamen ex ea-

le-

lege quis intulerit, teſtamentum iîs præteritîs nullum eſſe, aut aliud emancipatis, quàm vetus bonorum poſſeſſionis remedium competiiſſe; igitur & in caſu noſtro querela, quæ jure veteri obtinuit, minimè ceſſare dicenda eſt. Neque enim perpetuò, quæ contra legem fiunt, nullius ipſo jure momenti habentur, quando lex id, quod fieri vetat, valere aliquo modo, & ſubſiſtere indicat ſuppeditatô remediô, vel iîs verbîs utendô, ut appareat ejus, quod contra legem factum eſt, vim demum reſcindi, atque infringi debere.

Verùm hísce nequidquam morantibûs mihi ſemper eo- 46
rum, utì praxi recepta, ita & conformior menti *Nov.* viſa eſt ſententia, qui teſtamentum, elogiô non adjectô, ipſo jure nullum eſſe pronuntiant cum Stryck. *de caut. teſtam. c. 19. §. 44.* Hopp. ad *Inſt. tit. de exhered. liber.* Plur. Rev. ac Clariſſ. Colleg. P. Placid. Böckhn *lib. 3. decret. tit. 26. §. 6. num. 86.* Clariſſ. ac Conſultiſſ. D. Collega D. Peregrini *Inſt. de exhered. n. 20.* Aſſerti hujus veritas ex eo roboratur I. quòd Imp. in *d. Nov. cap. 3.* prægnantibûs verbîs præcipiat, ut ne PENITUS *patri vel matri ampliùs liceat, liberos ſuos præterire, aut exheredes in ſuo facere teſtamento, niſi cauſam ingratitudinis nominatim teſtamento ſuo inſeruerint;* cùm olim ſalvô teſtamentô ſimpliciter liberos præterire matri, exheredare patri licuiſſet. Atque ut eò manifeſtiùs liqueret, Imperatorem, quæ ibi in *cit. Nov.* noviter conſtituit, ad formam & valorem teſtamenti præſcripta eſſe, *in fine cap. 3. & 4.* diſertè cavet, *ſi hæc obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis præjudicium generari, nullam vim hujusmodi teſtamentum, quantùm ad inſtitutionem heredum, habere.* Quomodò verò vis nulla teſtamento conſtabit, aut inde nullum exheredatis præjudicium generabitur, ſi illud demum per inofficioſi querelam impugnandum eſt; cùm querela tantùm quinquenniô duret, nec regulariter transmittatur ad heredes, niſi præparata; econtrà remedium nullitatis ſit perpetuum, & ad heredes transmiſſibile. Facit II. quòd in *cit. Nov. c. 3. & 4. in fin.* dicatur, *ut ſi præſcripta exheredationis forma obſervata non fuerit, liberi, parentésque reſciſſo teſtamento* (ipſa ſcilicet

legis poteſtate) *ad hereditatem ab inteſtato vocentur*; adeò, ut ne probatio ingratitudinis heredi permittatur, *ne falsîs accuſationibus criminentur, aut aliquam circumſcriptionem in parentum ſubſtantiis patiantur*; at verò, ſi res poſt querelam demum & ſententiam ad inteſtati cauſam reduceretur, facilè hic effectus impediri poſſet, cùm id ipſum à cognitione Judicis inquerelæ judicio penderet.

47 Ad hæc III. quæ foret hæc actio dicenda, in qua nunquam poſſet actor ſuccumbere? quòd judicium illud, in quo fruſtranea rei contradictio eſſet, cùm nunquam poſſit adversùs actorem vincere, & obtinere? atqui filius exheredatus non poſſet unquam ſuccumbere in querela, quoniam ex nova Juſtiniani conſtitutione heres non aliter ad probandam ingratitudinis cauſam admittitur, quàm ſi ea fuerit teſtamento inſerta *l. 34. verſ. ſed nos. cod. de inoff. teſtam. d. Nov. cap. 3. in princ. & fin.* heres nunquam vincere, cui hoc, in quo eſt fundamentum victoriæ, ne quidem probare permiſſum eſt, ut adeò potiùs rectâ id datum viâ à legibus eſſe dicamus, quàm ut ad hoc conſequendum actionem comminiſcamur, in qua actor id certò ſemper ſit conſecuturus. IV. Quòdſi adhuc hodie ſufficeret, filium ſimpliciter exheredem ſcribi, hoc quoque efficeretur, ut legitima adhuc poſſet relinqui titulô particularî: qui enim ſuam legitimam habet, querelâ agere non poteſt *§. ult. Inſt. de inoff. teſtam.* atque ita eluderetur conſtitutio Imperatoris, qui liberis, parentibúsque legitimam inſtitutionis titulo dari voluit, intentio ejusdem Legislatoris fruſtraretur, qui injuriam exheredationis à nominatis perſonis auferre conatus eſt *d. Nov. cap. 5. in prin.* Denique omnium luculentiſſimè ſententiam hanc confirmat, V. Quòdſi ſemper, ubi quis contra diſpoſitionem *Nov.* fecerit, daretur querela inofficioſi, nulla eſſet differentia, an quis ſecundùm, an contra eam exheredationem conceperit; quoniam tam uno, quàm altero caſu teſtamentum reſcindetur, niſi heres cauſam ingratitudinis probaverit. Si dicas, teſtamentum eo caſu, quo cauſa expreſſa non fuerit, ſimpli-

ci-

citer reſcindi, cùm heres ad probandam ingratitudinem non admittatur. Contrà eſt, quòd querela inofficioſi, quanta quanta eſt, ſe fundet in iniquitate teſtatoris, quod contra officium pietatis ſinè cauſa actorem ab hereditate ſua removerit: igitur quæſtio eſt inter actorem & reum, an ea actoris aſſertio ſit vera? & nulla adeò ratio ſubeſt, quæ reum excludat à probatione, quòd juſta cauſa exheredandi, nimirum aliqua ex nominatis in *Nov.* ſubfuerit. At inquis: ita formulam agendi in hoc caſu non debere concipi, ſed hoc modo: Pater me injuſtè, hoc eſt, contra præſcriptum *Nov.* exheredavit. At hoc ipſo probas, formulam hoc modo conceptam, ob quam ne quidem heres ad probationem cauſæ admittitur, cùm de ea quæſtio extra actionis oleam verſetur, non ad inofficioſi, ſed querelam nullitatis pertinere, nec per eam tam iniquitatem patris, exheredandô commiſſam, quàm formam *Nov.* non obſervatam hodie argui.

Hísce firmatîs pronum cuique erit unius & alterius ad- 48
verſæ ſententriæ fundamenta infringere. Et quidem inanitas primæ ſententiæ, quæ contendit hodie in liberis parentibúsque omnem querelæ uſum ſublatum eſſe, ex eo convincitur, quòd veritas ſeu probatio cauſæ non ad formam, quæ ſimplici expreſſione elogii abſolvitur, ſed ad juſtitiam exheredationis, ejúsque vim & effectum pertineat. Non poſſunt exheredati causâ adjectâ teſtamentum injuſtum dicere, atque de ejus forma non obſervata controvertere, ſed iniquum queri debent, quæ eſt querelæ indoles manifeſta: tum verò diſceptatur, an cauſa vera vel falſa ſit? illo caſu actor tanquam non iniquè exheredatus repellitur; hôc reſcinditur exheredatio. Longè alia continentia cauſæ illius eſt, qui exheredationem nullam dicit: nullæ hìc ſunt in probanda exheredationis juſtitia rei partes; ſed actor ſaltem defectum in exheredatione commiſſum probat judici, quo cognito ſtatim ad ſucceſſionem admittitur.

Dein ad I. II. & III. Sententiæ poſterioris reſpondetur, 49
Imperatorem in *cit. Nov.* non tantùm de his, quæ ad juſti-

tiam exheredationis, ſed & quæ ad ejus valorem pertinent, diſpoſuiſſe. Quòd verò probatio ab hærede, expreſſio cauſæ à teſtatore facienda conjungatur, id ſaltem eò ab Imperatore factum eſt, ut eundem, ſi vel una vel altera deficiat, eſſe effectum circa heredis inſtitutionem & legatorum valorem doceret, non etiam, ut utroque in caſu eadem actio obtineat, ſed qualis ſive in hoc, ſive in altero caſu actio inſtituenda eſſet, id ex terminis & continentia cauſæ dignoſcendum eſſe voluit; unde etiam non ſinè myſterio nullius in tota *Nov.* conſtitutione remedii, liberis & parentibus pro utroque caſu competentis, mentionem injecit. Ad IV. dico, id in jure noſtro abſurdum non videri, ut beneficiô ingratiam unius introductô, alter fruatur *arg. l. 10. §. ult. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Neque extranei hereditate tum potiuntur propter ſe, ſed per conſequentiam, quatenus teſtamentum formâ inſtitutionis vel exheredationis non obſervatâ nullum eſt, adeóque ab inteſtato ſucceſſioni locus fit.

50 Ex his Colliges I. uſum querelæ in aſcendentibus & deſcendentibus non planè ſublatum, ſed rariorem eſſe, atque tunc obtinere, ſi cauſa ex nominatis teſtamento inſerta ſit. II. Legata non minùs in caſu præteriti filii, quàm exheredati, ſive exheredatio per querelam everſa, ſeu etiam ob defectum antiquæ vel recentioris formæ nulla fuerit, ſubſiſtere; cùm ea utique pro præteritione habeatur. Sed quid de legatorũ valore ſentiendum, ſi fratres exheredati querelâ obtineant? Communis Sententia habet, teſtamentum in totum, atque etiam quoad legata everti; cùm lex correctoria tantùm loquatur de exheredatione aſcendentium & deſcendentium, nec in fratribus regula juris veteris inveniatur immutata Stryck. *cit. loc. §. 42.* & in uſu moder. *l. 5. tit. 2. §. 6.* Zoëſ. *tit. de inoff. teſtam. num. 41.* Verùm etſi expreſsîs verbîs quoad fratres jus vetus abrogatum non inveniatur, nemo tamen facilè ibit inficias, rationem, videlicet colorem illum dementiæ, ob quam olim cum heredis inſtitutione cætera teſtamenti capitula intercideriint *l. 13. ff. de inoff. teſtam.* hodie amplius vix obtinere, nec

adeò

adeò ſequelam peremptoriè ex illa ratione profluentem. Si dicas: fratrem ideò meliori conditione habendum eſſe; cùm is demum uno in caſu, quo turpis heres inſtitutus eſt, querelam nanciſcatur, atque inſuper ſe nullam in fratrem ingratitudinis cauſam commiſſiſſe probare debeat. Imò verò replicat Voët. ad *tit. de inoff. teſtam. num. 13.* magìs abſurdum fuerit, fratres non niſi certo in caſu, ſolúmque ob odium inſtitutæ turpis perſonæ ad querelam admiſſos, melioris eſſe conditionis, & plùs percipere, quàm defuncti aſcendentes & deſcendentes. Neque æquitas patitur, alieno heredis odio prægravari alios, puta legatarios, nulla turpitudine laborantes *arg. l. 33. in fin. Cod. de inoff. teſtam. cap. 22. de R. J. in 6.* Etſi igitur nihil de fratribus expreſsè immutatum ſit, ſatis tamen eſt, quòd hoc expoſcat juris novi neceſſaria conſequentia; nam ea quoque, quæ ſtrictam habent interpretationem, extenſionem patiuntur ad ea, quæ ex eadem ratione neceſſariò aut fortiùs inferuntur *l. 32. princ. ff. de ll.* Struv. *Exercit. 10. theſ. 22.* Eámque Sententiam communem, contrariam verò terribilem ait Jul. Clar. §. *teſtamentum q. 52. num. 5.* eam in judicando tenendam pronuntiat Theſaur. *deciſ. 128. num. 7.* Frantzk. ad *ff. num. 4.*

CAPUT III.

De Querela inofficioſi teſtamenti.

SUMMARIA.

1. & ſeqq. Querela inofficioſi, an ſit ipſa hereditatis petitio, an remedium ab ea diſtinctum? Prima de eo ſententia proponitur, 4. Secunda. 5. & ſeqq. Tertia ac denique 12. Noſtra. 13. Querelæ definitio, ac 14. & 15. ejus origo. 16. & ſeqq. Singularis de ea Cocceii opinio. 19. Quæ tamen non probatur. 20. Datur primò liberis, 21. An & naturalibus? 22. Secundò Parentibus. 23. An & contra teſtamentum filii in peculio caſtrenſi vel quaſi teſtantis? 24. Variæ recenſentur DD. opiniones. 25. Oſtenditur Novell. 115. ad filios emancipatos reſtringi non poſſe. 26. Noſtra de hoc ſenten-

tentia. 27. Tertiò datur fratribus. 28. An & hodie uterinis, 29. Quod negativè deciditur. & 30. ad objecta respondetur. 31. Datur autem fratribus, si turpis heres institutus fuerit. 32. Fratribus, inquam, legitimis & naturalibus. 33. Quis turpis hoc loco heres censeatur? 34. & seqq. Quid de liberis naturalibus & spuriis dicendum? 38. Quid de legitimatis? 39. & seqq. Num turpis habeatur, qui mutato vitæ genere meliores mores induit? 43. Quid si heredes honesti cum inhonestis instituantur? 44. An non fratribus germanis indistinctè querela competat? 45. & 46. Quod negetur, ac 47. contraria diluuntur. 48. Aliis præter fratres querela non datur. 49. Quo ordine parentes & fratres querelam moveant, an simul, an ordine successivo? Quid hactenus jure veteri? 50. Quid Codicis? 51. Quid jure Novellarum? 52. In querela locus est edicto successorio de ordine in ordinem. 53. & 54. An etiam de gradu in gradum in ordine descendentium? 55. & seqq. Sententia nostra pluribus argumentis propugnatur, ac 58. & seqq. Contraria infringuntur. 60. Aliud inter gradus lineæ ascendentis & collateralis statuitur. 61. An in querela locus juri accrescendi? seu an exheredatus alteri partem faciat? 62. & seqq. Quod per plures casus cum refutationibus objectionum resolvitur. 69. Num victoria unius reliquis jus æquale successionis habentibus prosit? 70. & seqq. Variæ DD. opiniones adducuntur. 77. Quid si frater consanguineus cum germanorum liberis concurrat? 78. & seqq. Nostra de hoc & priori quæsito sententia, 81. cum resolutionibus contrariorum. 88. & seqq. Quibus in casibus querela cesset?

1 PRiusquam, quid sit inofficiosi querela, definiamus, antè nobis explorandum est, num querela sit ipsa actio seu petitio hereditatis, an remedium aliquod præparatorium, ab actione separatum, sive imploratio tantùm officii nobilis Judicis, eò pertinens, ut testamentum rescindatur, eóque per querelam rescisso demum principali actione peti possit hereditas? Communior querelam ipsam esse actionem & petitionem affirmat, per quam non modò testamentum rescinditur, sed unà quoque hereditas vindicatur. Sic, qui dicit inofficiosum, eum ait Papinianus hereditatem petere *l. 8. §. 8. ff. h. t.* Scævola nullam aliam, quàm petitionem hereditatis exercere *l. 20. ff. eod.* Per querelam evinci hereditatem *l. 21. §. fin. ff. eod.* & heredis aditionem penitus annullari, perindéque haberi, ac si hereditas nunquam fuisset adita. In *l. 27. §. 3. ff. h. t.* dicuntur vindicari facultates. Et qui in que-

re-

rela obtinuit, heres legitimus, & hereditariis actionibus obnoxius pronunciatur in *l. 15. §. fin. ff. eod.* Unde in *l. 34. C. h.t.* dicitur petitio hereditatis inſtituta nomine inofficioſi, & ex cauſa inofficioſi ad petitionem hereditatis admittendus *l. penult. in fin. princ. ff. de bon. poſſ. cont. tab.* quatenus nempe ipſe titulus inofficioſi cauſa eſt, ex qua petitur hereditas *l. 3. C. de petit. hered.* vanéque diceretur, ſuccumbenti in querela non obſtare rei judicatæ exceptionem, quò minùs ex alia cauſa hereditatem vindicare queat, ſi non ipſa querela foret petitio.

Atque hæc ratio eſſe videtur, quòd emancipatus acturus querelâ agnoſcere debeat bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratiâ *l. 6. in fin. l. 7. & 8. ff. h. t.* Quod non alio pertinere putat Vinnius ad *Inſt. h. t.* quàm ut is, qui ex cauſa inofficioſi hereditatem petit, heres eſſe videatur, & quidem ab inteſtato *d. l. 15.* quatenus defunctus conſideratur ùt talis, qui non habuit teſtamenti factionem *l. 17. §. 1. ff. h. t.* & hi, qui querelam movent, ùt jure ſuccedendi, cujus ademptio perperam teſtamentô tentata eſt, à lege inſtructi *l. 3. ff. h. t.* Unde contra inſtitutum & eos, qui ab illo cauſam habent, experiuntur tanquam poſſidentes pro herede aut pro poſſeſſore *l. 1. C. h. t.* quæ genuina petitionis nota eſt *l. 9. ff. de hered. petit.*

Nec quidquam ſententiæ huic (ùt etiam communiter adversùs eandem objecta compendiô proferamus) obſtare videtur I. quòd ſi querela ſit ipſa hereditatis petitio ſeu ſpecies illius, malè ſeparatô titulô & ante eam tractaretur. Similiter II. petitio hereditatis datur ſolùm heredi adversùs eum, qui, cùm heres non ſit, pro herede tamen aut pro poſſeſſore poſſidet, nunquam adversùs eum, qui heres eſt *l. 9. & ſeqq. ff. de petit. hered.* at querela datur contra heredem ei, qui heres non eſt *l. 1. C. h. t.* item III. querela per modum contradictionis & exceptionis induci poteſt *l. 8. §. 13. ff. h. t.* cùm tamen petitio hereditatis ſit actio ab exceptione longè diverſa. Ad hæc IV. omnem petitionem hereditatis vel ex teſtamento vel ab inteſtato eſſe oportet *l. 1. 2. & 3. ff. de petit. hered.* 2

at querela ex neutra cauſa eſt: non priori, quia datur iis, qui teſtamentô excluſi ſunt; non poſteriori, quia cauſæ inteſtati locus non eſt, quamdiu teſtamentum exſtat jure factum, & primò expugnandum *l. 39. ff. de acquir. vel omitt. hereditat.*

3 Nam ad I. reſpondent, id fieri, non quia querela præparatorium ſit judicium, ſed quia datur in cauſa facti teſtamenti; quæ cauſam inteſtati præcedit. Vel quia, etſi reſciſſio & petitio uno eodémque judicio fiat, verum tamen eſt, priùs teſtamentum eſſe reſcindendum, quàm petatur hereditas, adeóque prius illud commemorandum erat, etſi duobus ad hunc finem nihil opus ſit judiciis. Ad II. reponunt, querelam inofficioſi non dari contra heredem quà verè talem, ſed quatenus iſte heres in teſtamento inſtitutus eſt quaſi à demente *l. 13. ff. h. t.* & qui factionem teſtamenti non habuiſſe reputatur *l. 17. in fin. ff. h. t.* proindéque eventu teſtamenti ſpectato perinde is habetur, quaſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideret, ùt diſertè reſcriptum exſtat in *l. 1. C. eod.* Eadem ad IV. aptari poteſt reſponſio, nempe querelam inofficioſi eſſe petitionem quandam hereditatis ab inteſtato, tum quia aliis, quàm jus ab inteſtato ſuccedendi habentibus non datur, tum quia per eam res ad cauſam inteſtati reducitur *l. 6. §. 1. ff. h. t.* retróque omnia habentur, ac ſi hereditas ex teſtamento nunquam fuiſſet adita *l. 21. §. fin. ff. h. t.* Unde eſt, quod diximus, Prætorem exheredatis bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ gratiâ dediſſe *l. 8. princ. ff. h. t.* ut jus heredis præferre, & hereditatem petere poſſint, quæ interim, dum filius in querela vinceret, ſinè re fuit & effectu. Ad III. Id, quod in querela admiſſum eſt, in alia quavis petitione hereditatis poteſt contingere, ut quis in modum contradictionis hereditatem, quam poſſidet, in totum vel pro parte ſibi tueatur *l. 8. ff. ſi pars heredit.* Dein alius eſt ſtatus petitionis ſimplicis, alius querelæ: hac enim non ſimpliciter hereditas, ſed & reſciſſio teſtamenti petitur; unde, ſi quis jam antè hereditati incumbat

bat, in altero effectu, qui etiam per oppoſitam exceptionem obtineri poteſt, acquieſcit.

Alii, qui quidem querelam unà eſſe petitionem hereditatis, cum prioribus affirmant, ut magis vim eorum, quæ hactenus in contrarium educta ſunt, diluant aut declinent, ad exemplum adoptionis duplicem comminiſcuntur petitionem hereditatis. Unam vocant in ſpecie talem, aliam, cujusmodi eſt querela, qualificatam, irregularem, & extraordinariam appellant: quæ quidem hactenus in effectu conveniant, quòd tam una quàm altera hereditas evincatur, verùm hoc ipſo, quòd à ſe ipſo invicem diſtinguantur, eadem prædicata participare nequeunt. Quare quod dicitur, petitionem hereditatis dari vel ex teſtamento vel ab inteſtato heredi, & quidem per triginta annos contra eum, qui heres non eſt, id ſaltem petitionis in ſpecie dictæ proprium eſt, non querelæ, quæ propriis ſuis diſtinctísque prædicatis circumfluit. 4

Tertia tandem opinio contendit, querelam non unam eſſe cum petitione actionem, ſed illam reſcindentem, & hujus reſciſſoriæ præparatoriam. Si enim I. querela foret ipſa hereditatis petitio, oporteret ſanè, ut, qui in querela obtinet, is quoque heres declaretur, & hereditatem obtineat *l. 3. & 10. ff. de petit. hered.* atqui fieri poteſt, ut in querela victor nihil hereditatis conſequatur, ſed ea aliis, jus ſuccedendi ab inteſtato habentibus, & qui non egerunt, obveniat *l. 6. §. 1. ff. h. t.* & qui totum teſtamentum per querelam reſcidit, ſaltèm partem hereditatis conſequatur *l. 19. ff. eod.* ergo querela ipſa nequit eſſe hereditatis petitio: quia aliàs in una eadémque actione poſſet quis obtinere, & non obtinere, eadem actio dilacerari in duo diſtincta judicia, & inter duos, qui ſeorſim agerent, & obtinerent contraria; imò conſequeretur circa eandem hereditatem duas dari petitiones, duos itidem heredes declarari poſſe in ſolidum contra *l. 141. §. 1. ff. de R. J.* Præterea ex ſententia & re judicata jus oritur, prout judicatum, non contra, quàm judicatum eſt; ergo non 5

potest ei, cui id adjudicatum est, negari, & ei tribui, cui non est adjudicatum; atqui alius potest evincere in querela, qui tamen ex hereditate, quæ ex Adversariorum supposito per sententiam ei addicta est, nihil cepit, alius, qui non egit, hereditatem acquirere *d. l. 6.* ergo. Item res judicata aliis, qui judicio non interfuerunt, nec emolumentum afferre, neque præjudicium irrogare potest *l. 2. C. quibus res jud. non nocet*, exceptîs casibûs in *l. penult. ff. de re jud.* expressîs; id rursus in casu *d. l. 6.* contingeret; ergo.

6 Variè hìc DD. se torquent, ut difficultatem hanc superare valeant. Quidam hìc victoriam aliis prodesse volunt, adeóque regulam supradictam, uti in aliis casibus, ita quoque hìc officium suum perdere *l. 6. 17. & 19. ff. h. t.* Alii, quòd hìc victor per accidens excludatur hereditate, alio præcedente, qui fortius jus habeat, ùt sunt legitimi, quibus ea sententia nocere non potest. Alii, victorem evincere quidem hereditatem à scripto herede, non ab alio, nisì is solus sit heres ab intestato. Vel quòd querela sit petitio hereditatis respectu ejus, contra quem datur, non respectu ejus, cui datur, si is à proximiore excludatur. Sed demus, ùt ait Coccejus, victoriam hìc aliis prodesse posse; sed quî fieri potest, ut nihil prosit victori? ut is heres declaretur, & tamen nullum jus hereditatis consequatur, verùm id legitimi, qui nihil egerunt, quibúsve nihil adjudicatum est, obtineant, ídque per ipsam pro victore sententiam; cùm non rescisso per eam testamentô nihil juris habituri fuissent? perperámque adstruitur eam sententiam obesse non posse legitimis, & fortius jus habentibus, cùm hi in prædicto casu ne quidem jus habeant, testamentô quippe validô excluſi.

7 Adstipulatur huic II. Sententiæ *l. 20. ff. h. tit.* ubi JCtus eum, ait, qui de inofficioso dicit, non aliam ullam, quàm hereditatis petitionem exercere debere. Frustra verò quis inde inferat, ergo querela est ipsa petitio: nam satìs ex ea lege apparet, loqui JCtum de actionibus à querela distinctis, quas negat eidem adjungi posse, sola petitione hereditatis ex-

ce-

cepta, ut videlicet in eventum reſciſſi per querelam teſtamenti unà vindicari queat hereditas.

Et quì demum III. querela poſſet eſſe petitio, cùm illa agat de jure teſtamenti *l. 16. §. 1. ff. h. t.* hæc de jure poſſeſſoris *l. 9. ff. de petit. hered.* Illa quinquenniô *l. penult. §. 2. C. h. t.* hæc triginta annîs duret *l. 7. Cod. de petit. hæred.* Illa detur conſtante teſtamento ad id reſcindendum, eóque reſciſſo finiatur, hæc reſciſsô incipiat, & ad petendam hereditatem competat. Illa contra ſolum heredem ſcriptum, etſi non poſſideat, nunquam contra tertium, etſi pro herede poſſideat *l. 8. §. 10. ff. h. t.* hæc contra neminem, qui non poſſidet, & contra quemvis, qui pro herede vel poſſeſſore poſſidet *d. l. 9.* ac per conſequens illa nullo modo in rem eſſe poteſt, cùm poſſeſſionem non reſpiciat, ſed ſolius heredis perſonam ſequatur. Denique omnis petitio hereditatis vel ex teſtamento eſt, vel ab inteſtato, ac nunquam contra eum datur, qui jus heredis habet, querela ex neutro deſcendit, ſempérque heredem verum perſequitur. Neque cum prioris Sententiæ fautoribus reſpondeas, inofficioſi querelam eatenus ab inteſtato & contra non-heredem dari, quatenus per eam locus fit ſucceſſioni ab inteſtato, atque ita teſtamenti eventu ſpectato heres ſcriptus non ùt heres, ſed ùt pro herede aut pro poſſeſſore poſſidens conſideratur. Nam contra eſt I. quòd non debeat in actionibus movendis ſpectari eventus ſententiæ, ſed jus, quod exiſtit tempore litis conteſtatæ ſeu actionis inſtitutæ, & adeò querelam, ſi ea petitio hereditatis dici poſſet, jam tempore litis conteſtatæ vel ex teſtamento vel ab inteſtato eſſe oporteret, & adversùs eum dari, qui jam tum nullum heredis jus obtinet. Contra eſt II. quòd hereditas nondum delata peti nequeat *l. 151. ff. de V. S.* ſed quamdiu teſtamentum per querelam reſciſſum non eſt, ab inteſtato dici non poteſt delata hereditas *l. 39. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Porrò per Sententiam ſuper querela latam demum inteſtati cauſa inducitur *d. l. 6. §. 1.* ergo ex cauſa inteſtati ipſa

nequit querela competere: pugnat enim actionem ex eo jure esse, quod primùm per eam consequi intendimus.

9 Contra est III. quòd querela detur contra heredem ut validô testamentô scriptum, & ùt legitimum testamenti defensorem; quippe, quoad testamentum per sententiam rescissum non est, verum jus heredis interim in effectu obtinet; ergo falsum est, eam hoc respectu dari, prout is heres non est, aut ab illa institutus, qui demens est, & testamenti factionem non habuisse creditur: hìc enim tantum color quæsitus est *l. 2. ff. h. t.* ad effectum, non jus & valorem pertinens testamenti *l. 17. §. fin.* ibi: *cùm judicatur*: Causa verò seu motivum agendi est æquitas seu injuria, nobis per ablatum contra pietatem jus hereditarium testamento illata *d. l. 2.* propter quam communiter æquum visum erat, querela hac ejusmodi iniquitatem passos publicè adjuvari. Præterea quoque falsum est, heredem, cùm querelâ convenitur, pro herede intelligi aut pro possessore possidere: cùm enim querela adversùs scriptum heredem detur, etsi planè nihil possideat *l. 8. §. 10. ff. h. t.* videri aut fingi is nequit, pro herede aut pro possessore possidere. Deinde querela, quæ in *l. 1. Cod. h. t.* jure stricto contra heredem scriptum movenda fuisset *d. l. 8.* ex singulari æquitate adversùs fideicommissarium permittitur institui, non quà is pro herede aut pro possessore hereditatem tenet (non enim ita possidet durante testamento) sed quatenus & is, licèt ex obliquo, scriptus heres est, & rescisso per querelam testamentô incipit pro herede possidere, adeóque ùt talis hereditatis petitione rectè convenitur.

10 Neque huic Sententiæ obstat, quòd sæpius in *ll. supra citt.* per querelam inofficiosi dicatur, *peti*, *evinci*, *vindicari* hereditas: id enim eo sensu verum est, quatenus res quoque dici potest per illud evinci, quod præparat viam evictioni, quin tamen illud causa evictionis immediata sit, sed saltèm remota. Petitur ergo & evincitur hereditas per querelam, sed tanquam per causam ejus mediatam, scilicet mediante petitione hereditatis, quam in eventum rescissi testamenti

cum

cum querela cumulari nihil impedit: unde in allegatis textibus ſufficiebat JCtis priorem actionem exprimi, à qua initium fit evictionis, & cui altera, quòd regulariter cum priore conjungi ſoleat, jam cohærere intelligitur. Quin quod plerumque reſciſsô teſtamentô nulla lis vel quæſtio ſuper hereditate à poſſeſſore ampliùs moveri ſoleat, ſed is tum confeſtim venientibus ab inteſtato locum cedat, ob quod tamen non magìs querela dici poteſt ipſa hereditatis petitio, quàm actio ad exhibendum, per quam aliquando rem noſtram ſinè ulteriori vindicatione recipimus *arg. l. 6. ff. ad exhibendum*, rei vindicatio. Ad hæc quia, utì diximus, querela cum petitione uno eodémque libello cumulari, unáque & teſtamentum reſcindi, & hereditas peti poteſt, meritò præcitatos textus de querela, quaſi in concreto ſumpta, intelligas, malè tamen ex conjunctione actionum admiſſa ad identitatem earundem concludas, & formulam unius cum alterius formula confundas. Adversùs hæc obducet aliquis: ſi querela judicium ſit reſcindens, hereditatis petitio verò actio reſciſſoria, ſeu illa, quæ per teſtamentum amiſſa eſt, & ad quam priori illo judicio reſtitui quis poſtulat, ſanè oportet, eum, qui querelam movet, priùs habuiſſe petitionem hereditatis; at hæc nulla ratione poteſt intelligi: non tempore teſtamenti conditi; cùm viventis nulla ſit hereditas: ſed neque tempore mortis, quia valor teſtamenti impedivit, ne naſceretur. Sed exiguam vim argumento huic conſtare, manifeſtè convincunt textus in *l. 17. l. 27. l. 41. & 43. ff. ex quib. cauſ. major.* ex quibus luculenter apparet, læſum ex edicto Prætoris non modò ad ea, quæ priùs habuit, ſed etiam ad lucra amiſſa, & quæ antè in bonis ejus nunquam fuerunt, quoties æquitas id poſtulat, ſolere reſtitui: quemadmodum & hìc mores querelam hunc in finem induxerunt, ut hereditarium jus, non equidem jam quæſitum, ſed à lege deſtinatum, à quo quis per teſtamentum contra pietatem ſubmotus eſt, ejusdem beneficiô conſequatur.

Sed

11 Sed non deerit unam cum petitione hereditatis querelæ actionem facienti, quid Coccejanis argumentis, præcipuè ad *l. 6. §. 1. ff. h. t.* reponat, qui hanc *d. l. 6.* explicandæ cum Gerard. Nood. *Commentar. ad Pand. h. t.* viam ineunt. Ait ille, si quis ex his, qui sanguine quidem juncti, ad successionem tamen ab intestato non admittuntur; quia alii eos præcedunt, per obreptionem, ùt Basilica habent, de inofficioso egerit; cùm nemo, id est, nec proximior, ac ne scriptus quidem heres eum repellit, eóque non detegitur obreptio, & ita casu obtinuerit, evincit quidem is hereditatem ab herede scripto, sed victoria effectu eidem non prodest, sed vero heredi deinde supervenienti, & ab illo hereditatem vindicanti. Fac, Sempronium filium suum exheredâsse, patrem præteriisse: tam pater habet querelam, quàm filius; sed utì hic prior succedendi est ordine, ita & in querela præfertur. Pater verò eam primus occupat, nemine eum repellente, id est, intercedente vel excipiente, atque etiam obtinet, quamquam non jure. Victoria ei proderit adversùs heredem scriptum propter rem judicatam, cujus authoritatem inter eos ratam haberi oportet, sed non æquè proderit adversùs testatoris filium, qui gradu proximior, nisi exheredatus esset, verus heres fuisset, nunc remotô testamentô solus apparet heres. Is igitur à victore rectè ab intestato petit hereditatem; cùm præsertim res inter alios acta aliis non noceat. Atqui ais: nec prodesse posse, quando non potest alii per alium actio aut exceptio acquiri. Verùm id in hac legis specie indirectè & per consequentiam evenit: nam cùm per querelam *intestatus paterfamilias factus est*, filius jam hereditatem obtinet, non quidem directò vî sententiæ, sed vî legis, eam remoto testamento ab intestato deferentis. Et ergo victoria patris filio prodest, non quia is per eam heres fit, sed quia causâ testamenti ad causam intestati deductâ, legis delationi locus esse incipit. Ita verò hoc obtinet, si ex toto testamentum per querelam rescindatur; nam si ex parte tantùm causa intestati inducta est, non legitimo heredi, sed victori cum effectu

que-

querela prodeſt; quia adhuc teſtamèntum pro parte exſtat, quod ſufficit ad venientes ex beneficio legis excludendos *l. 16. princ. l. 19. l. 25. §. ult. ff. h. t. junct. l. 39. ff. de acquir. vel omitt. hered. l. 11. §. fin. ff. de teſtam. tut.*

Tui jam arbitrii facimus, cui ex recenſitis hactenus opi- 12
nionibus adhæreas, querelámque unam cum petitione actionem, ſeu petitionem hereditatis extraordinariam fortiſſimô argumentô *l. 25. §. 1.* ibi: *cum effectu* juncta *l. 6. §. 1. ff. h. t.* num ab ea diſtinctam, ita tamen comparatam eſſe aſſeras, ut mox eidem ſimul hæreditatis petitio adjungi, eadémque ſententia, & reſciſſio teſtamenti, & hereditatis reſtitutio obtineri valeat; quemadmodum & olim liberis emancipatis, querelam moturis, bonorum poſſeſſionem Prætor dabat litis ordinandæ gratiâ, quæ interim quidem, dum filius in querela obtineret, ſinè re fuit & effectu, in eum tamen eventum conceſſa, ut reſciſsô per querelam teſtamentô ſinè nova petitione jus hereditatis conſequeretur *l. 6. in fin. l. 7. & ſeqq. ff. h. t.*

Itaque ut colligamus: querela nobis eſt actio civilis 13
(*realem*, ac velut adjectitiæ qualitatis, qualis communiter actio reſciſſoria ex ficto quodam dominio ſtatui ſolet, num *perſonalem*, & quidem non *natam* illam ex certo artis principio, ſed ex mera æquitate *datam* dixeris *arg. l. 1. princ. ff.* ibi: *ex variis cauſarum figuris ff. de obl. & act.* nihil ad effectum attinet) qua vel ſimpliciter teſtamentum, jure quidem ſed iniquè factum, vel in totum, aut pro parte reſcindi, & jus hereditarium nobis contra officium pietatis ablatum reſtitui, nósque, ſi petitionem ipſam querelæ admiſceas, vel pro parte, vel in ſolidum heredes declarari petimus.

De origine querelæ inofficioſi obſcura eſt dubitatio. 14
Quidam ex conſtitutionibus Principum, alii ex edicto Prætoris, plerique ex lege Glicia argumentô inſcriptionis ad *l. 4. ff. h. t.* eam deducunt. Sed querelam liberâ adhuc Republicâ, & antequam ulli Romæ eſſent Principes, jam invaluiſſe ex Valerio Max. *lib. 7. cap. 7. §. 2.* Heinneccius antiq. Rom. *lib. 2. tit. 17. §. 5.* oſtendit. Sed nec edictîs Prætorum eam-

introductam esse, vel ex eo liquere potest, quòd Prætor exheredatis minimè succurrat *l. 8. p. ff. de bon. poss. cont. tab.* neque annalis hæc sit actio, ùt aliæ prætoriæ, rei persecutoriæ ad actum rescindendum comparatæ. Inscriptio *l. 4.* dubia & incerta est; neque eam alia præter Florentinam editio habet, ut inde nihil tutò definiri possit: imò si vel fuerit aliqua lex Glicia, quam meritò Hottomannus cum cit. Heinneccio in dubium vocat, non tamen continuò ex eo sequitur, inde quoque esse de inofficioso actionem. Præterea, si ex Glicia, vel alia lege fuisset querêla, cùm tamen ipsa ab juris civilis auxilio non obscurè distingui videatur *d. l. 8. pr.* non dubitandum, quin ea quoque lege fuisset definitum, quibus ea competat; cùm tamen id jure veteri non usquequaque certum fuisse, satìs ex *l. 1. & 5. pr. ff. h.t.* appareat.

15 Vero autem videtur simillimum, eam moribûs populi Romani, & JCtorum authoritate primitus invaluisse. Postquam enim teste Pomponio in *l. 120. ff. de V. S.* latissima illa à lege 12. tab. legandi, testandíve, uti quisque volet, tributa civibus potestas, variè *interpretatione coangustata est, vel legum, utì Furia, Voconia, Falcidia &c. vel authoritate Jura constituentium*, id est, responsis prudentum, & rebus perpetuò judicatis, ita quoque hac in parte quorundam temeritas, liberos, parentésque suos à successione per summam iniquitatem removentium, videbatur restringenda. Verùm, quoniam indefinita illa testandi libertas per legem data hactenùs à JCtis directè abrogari non poterat, inventus est vesaniæ color, placuítque hôc commentô rem apud Judicem defendi, quasi non sanæ mentis fuisset testator *l. 2. 5. ff. h.t.* ita non ægrè quasi secundùm Jus civile, quo negatur furiosis testamenti factio, obtineri posse credebatur adversùs testamentum ejus, qui quasi furiosus arguitur *l. 17. in fin. ff. eod.* Quod JCtorum consilium, cùm ob summam æquitatem passim approbatum, & rebûs perpetuò judicatîs firmatum esset, denique consuetudo nata est, quæ legis instar obtinuit, atque ita moribûs constituta querela, ex solo bono & æquo, ùt ait Bynkersch. *observ.*

ſerv. Juris Rom. lib. 2. cap. 12. non ex interpretatione legis: nam ſi verba, *utì legâſſet, ita jus eſto*, pro regula accipienda forent, quæ exceptionem in cauſa iniquæ exheredationis præteritionísve admitteret, fruſtra ageretur de colore veſaniæ; cùm ita non eſſet lex, quæ obſtaret: tam enim illa ex lege eſſe dicuntur, quæ ſunt ex mente & ſententia legum, quàm quæ ex verbis *l. 6. in fin. ff. de V. S.* Quapropter quia hodie ex *Novella 115. cap. 3.* querela definita, & laxior illa teſtandi poteſtas per legem reſtricta eſt, non ampliùs colore illo opus eſt, ſed his, qui contra pietatem excluſi ſunt, ſuccurritur ex lege.

16 Henr. Coccejus *tom. 2. diſput. 59.* cum filio Samuele *Jur. civ. contr. l. 5. tit. 2. q. 3.* querelam non tam è moribus, quàm juſtâ interpretatione *l. 12. tab.* arceſcens, atque eundem furoris prætextum nec hodiedum ab uſu receſſiſſe contendens, JCtos, ait, quò injuriis & impietatibus parentum & liberorum, contra officium pietatis & ſanctiſſimum illum naturæ inſtinctum, furore quodam impio & conceſſæ poteſtatis effrœnis abuſu, ſeſe excludentium, obviam irent, in id incubuiſſe, ut quod legislatoria authoritate legem abrogando non poterant, id interpretandi ſolertiâ efficerent. Conſtabat autem infinitam illam legandi licentiam non aliis, quàm hominibus ſanæ mentis à lege XII. Tab. fuiſſe conceſſam. Fuit autem ſanæ hominum menti á natura maximè inſculptum illud ſtudium votúmque ſibi ſuísque proſpiciendi, mutuísque amoris officiis, quæ ſanguinis vel hauſti, vel dati neceſſitudo arctiſſimô nobis vinculô conjunxerat, complectendi: cùm igitur cujusque rei ſanitas ſit habitus ille, quem natura illi ad ejus uſum & conſervationem impreſſit, & econtra vitium, quod contra naturam alicui ineſt, & iſtum naturæ ordinem ac finem ſubvertit, fatendum eſt, cum humanæ mentis ſanitate votum illud parentum liberorúmque ſeſe invicem perdendi & nocendi non magìs conciliari poſſe, quàm intelligendi impotentiam. Utrumque æquè ſanæ menti adverſum eſt, cui hæc duo maximè natura congenuit, uſum videlicet intelligendi, atque ea, quæ ad finem nobis à natura impreſſum de-

deducunt, appetendi & volendi: voluntatis autem ea est indoles, utì homo sibi suísque consultum velit: quemadmodum intellectûs, ut illud possit discernere: quòd si igitur deficiat vel naturalis potentia intellectûs, vel naturale hoc voluntatis votum, sana mens non videbitur, sed utrumque æquè mentis vitium est, illud quidem naturale, hoc voluntatis morale: utrumque habitus vitiosus; nec minùs ad illius imitationem hoc quoque furor in jure dicitur, & aberratio vitiatæ mentis. Quòd si igitur inter homines inveniantur parentes & liberi, qui ad illum mutuæ pietatis sensum ac stimulum, quem natura animis eorundem ingeneravit, non modò obtorpuerunt, sed eò etiam ferali odio exardescant, ut post mortem quoque se invicem ab hereditate sua excludere non vereantur, vitium insanæ mentis, & detestabilis contra naturam universi generis cùm hominum tum animantium obcæcatæ voluntatis rabies existimanda est.

17 At verò hæc mentis vesania non verus furor, sed saltem color furoris asseritur *pr. Inst. h. t. l. 2. & 5. ff. eod.* enimverò plurimùm inter furorem verum & quasi talem, seu hoc, quod delineatum est, mentis vitium intercst: verus enim furor, ceu morbus naturalis, atque ipsius intellectus vitium omnem rationis fontem, omnéque agendi principium extinquit, unde furiosus nihil validè agerè, nullúmque negotium gerere potest *l. 1. §. 12. ff. de obl. & act. l. 70. §. 40. ff. de fidejuss. §. 8. Inst. de inut. stipul.* at verò alterum, de quo nobis sermo, vitium est morale sive vitiosus voluntatis habitus, qui eam totam non perimit, sed ea tantùm, quæ ex hujus vitii capite manârunt, putà exheredationes ac institutiones inofficiosas; atque hactenus imitatur furorem: cætera omnia, eo non obstante, rite aliàs gesta rata ac valida sunt. Exemplo nobis sit prodigus, qui & ipse vitioso voluntatis habitu laborat, & ob id passim in Jure nostro furioso comparatur *l. 40. ff. de R. J.* sed id saltem quoad actus, qui ex hoc vitio nascuntur, nempe cùm res suas profundit, non quatenus frugaliter, vel saltèm præter mentis suæ vitium quid gerit *l. 6. ff.*

ff. de V. O. cùm enim varii ſint in animis hominum motus, alii vitioſi, alii recti, quidam eorum ob furoris imaginem infringi, alii conſiſtere queunt. Eſt & alterum inter hæc duo vitia diſcrimen, quòd, quæ ex vitiato voluntatis habitu naſcuntur, niſi aliter lex, ceu in prodigo decernat, ipſo jure ſubſiſtant, ſed ſaltem ex cauſa hujus vitii reſcindantur; ſecus, quæ ex vero furore proficiſcuntur. Hinc porrò licèt teſtamentum tanquam furioſi, totum olim irritatum fuerit *l. 13. in fin. ff. b.t.* non tamen obſtat, quò minùs id hodie ſola inofficioſa heredis inſtitutione deſtructa, quoad cætera capitula ſubſiſtat. Hinc porrò & ipſa exheredatio valet, quæ non impiè, ſed prudentî conſiliô facta eſt, veluti ſi quis ea mente, ne creditores obærato filio hereditatem auferant, eo exheredato liberos ejus inſtituat. Nec minùs exheredatio eorum ſubſiſtet, quam in liberos vel parentes ingrati promeruêre.

Quapropter cenſet *cit.* Author, colorem furoris hodié- 18
que cauſam & fundamentum querelæ manere; quippe qua is, qui à portione naturaliter ſibi debita excluſus eſt, queritur, ſe immerentem, id eſt, ſinè cauſa tanquam à furioſo, & qui contra naturam aliquid vult, adeóque in altera mentis parte furit, fuiſſe remotum. Et dum Imp. in *Novell. 115. cap. 3.* querelam confirmat, id eum potiùs cum ſua cauſa & origine feciſſe cenſendum eſt.

Habet hæc Coccejana obſervatio elegantiam. Verùm 19
quod ait, querelam ſalva legis 12. Tab. authoritate, veluti per modum exceptionis à regula, qua cuiqui ſanæ mentis homini libera teſtandi facultas permiſſa eſt, ſola JCtorum interpretationis ſolertia introductam, nec Magiſtratûs aut legis auxiliô eam in rem opus fuiſſe, non immeritò quis ambigat. Fuit quidem hic furoris color ſanè probabilis ratio leniendi legis duritiem, atque hujusmodi voluntates inofficioſas reſcindendi; verùm hoc ipſo, quia per legem validæ reputabantur, id nudæ interpretationis, quæ penes JCtos erat, fines longiſſimè excedit, & ſolius legislatoriæ poteſtatis proprium dici-

tur in *l. 9. Cod. de ll.* ut adeò à ſuperiori ſententia, originem querelæ ex moribus, qui eandem cum lege vim obtinent, petente minimè ſit recedendum.

20 Datur autem hæc querela, quibus debetur legitima, validè, id eſt, ad formam in *Nov. 115. cap. 3.* præſcriptam, ſed ſinè juſta cauſa exheredatis. Cujusmodi primò omnium ſunt Liberi, quibus naturalis ratio quaſi lex quædam tacita parentum ſuorum hereditatem addicit, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando *l. 7. ff. de bon. damnat.* Liberi, inquam, tam ſui quàm emancipati *l. 7. & 23. ff. h. t.* primi & ulterioris gradus, ad quos prædefunctîs parentibûs jus ſuccedendi devolutum eſt *l. 7. Cod. h. t.* nec naturales tantùm, id eſt, legitimè nati, ſed & legitimi tantùm, puta, arrogati puberes (nam impuberes, licèt exheredati, quartam alio legis beneficio obtinent *l. 8. §. 15. ff. h. t.*) item adoptati ab aſcendentium aliquo, in cujus transeunt poteſtatem *l. penult. Cod. de adopt.* non ab extraneo, cui ſolùm ab inteſtato ſuccedunt *d. l. pen.* item legitimati non modò per ſubſequens matrimonium *cap. 6. qui filii ſint legt. Nov. 89. cap. 8.* ſed & per Reſcriptum Principis, ſi nulla genitori ſuo tempore legitimationis legitima ſoboles exſtiterit *d. Nov. cap. 9.* vel ea etiam exiſtente ſpecialiter Princeps eis jus ſuccedendi impertiêrit.

21 De Matris & per ejus lineam aſcendentium teſtamento naturales quoque & ſpurii queruntur *l. 29. §. 1. ff. h. t.* niſi mater illuſtris ſit, & quod confertim in *l. 5. Cod. ad SCtum Orphit.* requiritur, liberos habeat legitimos; tum enim ſpurii ſucceſſione, adeóque & querelâ deſtituuntur: ſpurii, inquam, non nothi, ſeu ſimpliciter naturales, de quibus idem, quod olim juris erat, hodiéque ſervatur *d. l. 5. in fin.* Adverſùs patris teſtamentum liberis naturalibus querela non conceditur, quod utì in caſu exſtantium liberorum legitimorum indubium eſt, ita in eorundem defectum vult Hub. ad *Inſt. h. t. num. 3.* eos hactenus queri poſſe, quatenus ab inteſtato jus habent ſuccedendi, videliçèt in duas uncias unà cum matre ſua in capita partiendas; verùm quia *d. Nov. 89. cap. 12. §. 4.* & ex ea de-

prom-

prompta *auth. licèt patri Cod. de natur. lib. junct. l.2. Cod. eod.* nullibi necessitatem hujusmodi liberos instituendi genitori imponit, sed saltèm modum præscribit, quantum eis testamentô suô valeat derelinquere, parente verò intestato mortuo non amplius, quàm sextantem substantiæ paternæ eos lex capere velit, in reliqua verò etiam à latere venientibus postponi, veremur meritò hactenus Hub. accedere, atque naturalibus liberis præter alimenta arbitriô Judicis eo casu definienda, insuper adversùs patris sui testamentum, quo prætervecti sunt, querelam aut aliquam hereditatis petitionem accommodare.

Post liberos secundô locô querela datur Parentibus, eo 22
ordine, quo ab intestato succedunt, olim & præteritis *l.14. ff. h.tit.* hodie ad formam *Nov. 115. cap. 4.* legitimè exheredatis, nam etsi quidem parentibus non ùt liberis debeatur hereditas; nec enim natura monstrat bona sursum deferenda esse, turbato tamen mortalitatis ordine non minùs parentibus piè relinqui debet *l.15. ff. h.tit.* ita exigente miserationis ratione *l.7. §. ult. ff. si tab. test. nullæ;* nec ùt scribit Voët. ad *ff. h.t. n.8.* ob id indigni querelâ censendi sunt à prioris matrimonii liberis præteriti, quòd ad secunda vota transiêrint; cùm & ab intestato succedere non prohibeantur, nec usquam inter pœnas secundarum nuptiarum hæc querelæ denegatio videatur proposita.

Ab hac querela immune fuit testamentum militis non fi- 23
liifamilias tantùm, ùt quidam censent, super peculio castrensi testantis, sed & patrisfamilias *l. 27. §. 2. ff. h.t. l.9. C. de testam. milit.* eò quòd in *l. 8. §. 4. ff. h.t.* dicatur adversùs testamentum ejus, quod quis in militia fecit, eáque solutus intra annum decessit, quia ad hoc usque temporis testamentum jure militari conditum valet, querela inofficiosi cessare, non cessatura, si quis super peculio castrensi; adeòque filiusfamilias, fuisset testatus; neque enim tum, quod liberos aut parentes suos præterire valeat, tam militiæ, quàm ipsius peculii privilegium est, quo & gaudebant, quibus quasi castrense peculium quæsitum fuit *l. ult. §. 1. C. h.t.* nempe si testator filiusfamilias decef-

ceſſerit; nam ſi ante mortem ſui juris fuiſſet effectus, ceſſante jam peculii caſtrenſis, aut quaſi caſtrenſis nomine, eóque cum rebus cæteris confuſo, teſtamentum, quod tum à filiofamilias confectum eſt, querelæ incipit eſſe obnoxium *d. ult. §. ult.* Sed quid argumentîs utimur, cùm id in *d. l. 8. §. 3.* à ſenſu contrario liquidò expreſſum ſit, ut hactenùs probabilitati contrariæ nullus videatur eſſe locus. Verùm, num hæc prætereundi, aut exheredandi licentia per *Nov. 115. cap. 4. in pr.* ſublata, nullúmque ampliùs filii teſtamentum querelæ paternæ, & vice verſa exemptum? Sunt, qui *d. Nov.* duntaxat de filiis emancipatis exaudiunt, ac conſequenter contendunt, filiorumfamilias ſuper caſtrenſi vel quaſi caſtrenſi peculio teſtantium privilegium minimè eſſe abrogatum; eò quòd correctio juris odioſa ſit, nulláque appareat verborum repugnantia, quò minùs *cit. Nov.* de emancipato interpretationem recipiat; neque enim ullatenùs de certa bonorum ſpecie ibi ſermo eſt, ſed ſimpliciter dicitur, non *licere liberis parentes ſuos præterire, aut quolibet modo à rebus propriis, in quibus habent teſtandi licentiam* (non utique ex ſpeciali privilegio, ſed jure communi) *eos omninò alienare*: quibus inſuper adminiculari videtur, quòd in poſteriori *Nov. 123. cap. 19.* id de Clerico filiofam. cautum ſit, ſupervacanea ſanè legislatione, ſi id jam antè in *Nov. 115.* fuiſſet deciſum, ut adeò ea de Clerico exceptione firmetur regula negativa de aliis.

24 Alii cum Hub. *cit. loc.* Struv. *Exerc. 10. lib. 5. tit. 3.* jus antiquum duntaxat quoad eos, qui jure verè militari in expeditione teſtati ſunt, ſalvum manere volunt, eò quòd per generalem conſtitutionem poſteriorem privilegia anteriora ſpecialia non tollantur *arg. l. 3. C. de ſilent. cap. 1. de conſt. in 6.* Rurſus quidam apud Fachin. *l. 6. contr. c. 9.* hoc ipſum militi quoque privilegium abrogatum cenſent, eò quòd conſtitutio *d. Nov.* generalis ſit, adeóque ad omnes indiſtinctè porrigi debeat *arg. l. 8. §. 1. ff. de publ. in rem act.* imò non obſcurè de filiisfam. militibus videatur concepta; hi enimverò ſunt, quibus teſtandi licentia, parentésque ſuos exheredandi primitùs,

ac

ac præcipuè conceſſa eſt, eáque demum ad exemplum & imitationem caſtrenſis, ad quaſi caſtrenſe peculium extenſa *d. l. ult. §. 1.* cùm ergo ea teſtandi licentia ſimpliciter hodie, ac ſinè ullo diſcrimine ſublata ſit, eam ſibi ex antiquo privilegio haud rectè ampliùs milites vindicabunt.

Id nobis in tam ambigua hujus rei concertatione ſatìs perſuaſum eſt, *d. Nov.* ad filios emancipatos reſtringi minimè poſſe. Ait enim Imperator, liberis *non licere de rebus* NB. *PROPRIIS parentes ſuos alienare.* Id niſi tu de aliqua peculii, ſeu certa bonorum ſpecie intelligas, non potes non inepti, & ridiculi ſermonis arguere Imperatorem, qui dum de rebus propriis, ídque, ùt tu vis, omnibus, id liberos facere prohibuit, quaſi id de non ſuis hoc eis permiſiſſe videatur. An non meliùs, quæſo, hanc eis, utì præcedente *cap. 3.* reſpectn parentum fecit, facultatem ſimpliciter abrogâſſet, quàm quod dixit, de bonis propriis. Addit præterea Imperator, *in quibus habent teſtandi licentiam:* quid iſthoc de filio emancipato ſubjicere neceſſum erat? eâ enim emancipatum, ceu patremfam. indiſtinctè ac illimitatè pollere nemini ignotum eſſe poterat, & utique facultas teſtandi aliàs ſupponi debet ad licentiam exheredandi. At verò ſanior longè ſenſus verbis conſtabit, ſi tu Novell. de filiofam. exaudias: hi enim ſunt, qui ſaltèm in quadam bonorum ſuorum parte, puta, caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi peculio teſtandi jus obtinent, eâ verò in peculiis adventitiis, & pleno jure propriis deſtituuntur *l. penult. C. qui teſtam. facer.* de illis igitur (nec enim ſignificantiùs, aut magìs emphaticè id potuiſſet exprimere) Imperator intelligendus; ut adeò jus, quod liberis antiqua lege datum eſt, per hanc Nov. correctum, & ademptum fuiſſe tenendum ſit. Quod denique Imperator in *d. Novell. 123. c. 19.* filiisfam. Clericis neceſſitatem imponit parentibus ſuis legitimam relinquendi, non nova ſanctio, ſed prioris legis repetitio eſt. Id præcipuè eo cap. definitur, ut filiifam. Clerici, qui ibi recenſentur, res quolibet modo ad eorum dominium venientes ſub ſua habeant poteſtate, ad ſimilitudinem caſtrenſium pe-

culiorum, ſic tamen, ut quemadmodum id jam priore lege nempe *Nov. 115.* deciſum erat, eorum parentes legitimam portionem ferant. Quibûs ita velut in anteceſſum poſitîs,

26 Etſi tertiam communem, ùt ait Fachin. opinionem ſua non carere probabilitate, facilè admittamus, in rigore tamen Juris mediam ſententiam, ùt veriorem, & principiis Juris magìs conformem, eligimus. Quam in rem, ùt ante monitum, prænotamus, effuſam hanc, liberámque teſtandi licentiam militibus in expeditione & diſcrimine rerum agentibus cùm patribus, tum filiisfam. primùm ac præcipuè datam, poſteà verò id privilegium extra militiam quoque porrectum, ac omnibus filiisfamilias, qui ſeu caſtrenſe, ſeu quod ad imitationem illius introductum eſt, quaſi caſtrenſe meruerunt, indultum fuiſſe, ita tamen, ut tum obſervationi, & ſolennitati juris communis eorum teſtamenta adſtringerentur *l. ult. §. 1. C. h.t.* itaque dum Imperator in *d. Nov. 115. cap. 4.* non ampliùs vult licere liberis à bonis propriis, in quibus habent teſtandi licentiam, parentes ſuos alienare, non expreſsè loquatur de privilegio propter militiam, ſed rebus ipſis, ſeu perſonis propter res, id eſt, peculium caſtrenſe, vel quaſi caſtrenſe, conceſſo, veroſimile eſt, eum licentiam antehac militibus tanquam jus ſingulare, & ex diſtincto motivo, videlicet ob pericula expeditionis datum *l. 1. ff. de teſtament. milit.* per poſteriorem conſtitutionem generalem recantare haud voluiſſe. Non pauci tamen apud Manz. *de teſtam. valid. tit. 8. n. 436.* hanc ſententiam limitant, ac filio ſinè cauſa à patre milite præterito querelam ſaltem quoad legitimam, quæ jure naturali deberi dicitur, ex æquitate concedunt. Et quoniam jura ſucceſſionum ſunt reciproca *l. 11. C. de legit. hered.* conſequens eſt, ut, qui liberi à parentibus ſuis teſtamentô arceri nequeunt, iidem quoque liberos ſuos neceſſariò heredes ſcribere teneantur.

27 Tertiò tandem querela competit Fratribus & Sororibus, non omnibus, ſed Germanis tantùm & Conſanguineis, quos inter communia nominis & familiæ jura intercedunt. Unde

ute-

Uterini de eadem genetrice manantes penitùs arcebantur §. 1. *Inſt. l. 1. ff. h. t. l. 27. C. h. t.* Neque huic, quod de uterinis non admittendis dictum eſt, obſtat, quod alibi nempe *l. 21. C. & l. 1. ff. h. t.* ſimpliciter ac indiſtinctè aſſertum eſt, neminem eorum, qui ex transverſa linea veniunt, *exceptis fratre & ſorore, neminem ultra fratrem* ad inofficioſi querelam admitti, cùm receptiſſimum ſit, minùs limitatam ſeu indefinitam unius legis locutionem ex aliis legibus, diſtinctionem adhibentibus, veluti hìc per *l. 27.* factum eſt, reſtringi, aut certè dicendum, ùt infrà notabimus *l. 1. ff. & 21. C. h. t. per d. l. 27.* recantatas eſſe.

Num verò hactenus circa uterinos quidquam Jure no- 28
viſſimo immutatum, iisdémque, ex quo cum conſanguineis per *Nov. 118. cap. 3.* ad ſucceſſionem ab inteſtato vocati ſunt, querelam hodie pariter tributam fuiſſe dicendum ſit? anceps eſt dubitatio. Non pauci cum Vinn. ad *Inſt. h. t. ad. §. 1.* Hub. *Prælect. ad Inſt. tit. de inoff. teſtam. num. 4.* id affirmant, eò quòd I. Imperator in *d. Nov. cap. 4.* omnem differentiam in quacunque ſucceſſione vel hereditate inter agnatos & cognatos penitùs ſuſtulerit, & æqualitatem naturæ per omnia inter eos voluerit ſervari; cùm igitur uterini æquali cum conſanguineis ab inteſtato ſuccedendi prærogativa gaudeant *d. Novell. cap. 3. verſ. ſive per patrem tantùm, ſive per matrem*; per querelam autem res deducatur ad cauſam inteſtati, his quoque idem per conſequentiam ex identitate rationis, quæ anima legis eſt, conſequendæ hereditatis remedium erit indulgendum. Præſertim quòd II. duæ tantùm ſint ſucceſſionis ſpecies, ex teſtamento videlicet & ab inteſtato; *d.* autem *Nov. 118.* omnes ab inteſtato ſucceſſiones decidat, nec tantùm eos caſus, quibûs ab initio quis inteſtatus moritur, ſed etiam quibûs poſteà teſtamentum rumpitur, aut irritum fit, adeóque etiam ubi per querelam inofficioſi reſcinditur: nihil enim intereſt, ſi rem ſpectemus, utrùm paterfamilias ab initio ſit inteſtatus, an deinde talis fiat; niſi quòd priore caſu ſuccedit proximus tempore mortis, poſteriore proximus tempore, quo certum

eſt, neminem ex teſtamento fore heredem §. 6. *Inſtit. de leg. agn. ſucceſſ.* & ſi quid ad præſentem hypotheſin referret, inteſtatus quis ab initio, an cum teſtamento valido, ſed poſteà per querelam everſo deceſſerit, id ſequeretur, etiam ubi per deſtitutionem heredis vel agnationem teſtamentum irritatur vel rumpitur, ab inteſtato, ùt aliàs, non ſuccedi. Quibus adde III. quòd introducta æqualitate ſucceſſionis ab inteſtato non jam minor uterinis quàm conſanguineis præteritis injuria inferatur.

29 Verùm etſi hæc rationum momenta eò ſatìs valeant, ut Imperatorem ad impertiendam quoque uterinis pariter querelam potuiſſent inducere, cùm tamen de facto peremptorio argumento uterinos hactenus cum conſanguineis exæquatos non appareat, neque etiam idenditas rationis hoc evincat, meritò veremur à Jure veteri, quod apertè correctum non eſt, facere receſſum *arg. l. 27. Cod. de teſtam.* quòd aliàs ex decantata Juris Regula jus novum ſtrictam recipere debeat interpretationem, ut quàm minimùm veteri juri decedat. Præterea argumentum à legitima ſucceſſione ad querelæ movendæ facultatem affirmativè non concludere liberorum ab extraneo adoptatorum, utì & impuberum arrogatorum conditio abunde commonſtrat; ùt ùt enim hi parenti ſuo cum aliis liberis legitimè natis ab inteſtato ſuccedant, hi tamen exheredati nec querelam movere *l. 8. §. 15. ff. h. t.* neque illi præteriti teſtamentum nullum dicere valent *l. pen. Cod. de adopt. §. 14. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Ad hæc etſi neceſſitudo, quæ fratrem fratri ſeu à patre vel matre conjungit, naturâ æqualis ſit, nexus tamen, qui à matre eſt, nihil olim ad ſucceſſiones legitimas attinuit. Neque tum, cùm Prætor, dein & Imperator in *l. pen. & ult. Cod. de legit. hered.* ejus quoque rationem habere cœpit, tam potens eſſe videbatur, ut ex eo conjunctos latere inſtituendi neceſſitatem inferret: Jus quippe Civile in deferendis ex teſtamento vel ab inteſtato hereditatibus præcipuam familiæ agnationísque rationem ſpectari voluit, quòd etſi poſteà Juſtinianus per *cit. Nov.* ſublatâ

latâ inter cognatos agnatósque differentiâ in ſucceſſionibus ab inteſtato immutare, fratrésque uterinos ac conſanguineos ad ſimplicitatem naturalem & æqualitatem redigere voluerit, nec tamen inde mox peremptorium argumentum ad ſucceſſionem teſtamentariam ducere fas eſt; leges enim morientium ab inteſtato hereditates deferunt ad præſumptam eorundem voluntatem; quæ quia in dubio ſecundùm juris naturalis ductum ex æquo fertur erga fratres ſeu per patrem ſeu matrem conjunctos, hinc mirum non eſt, utrosque ad ſucceſſionem fratris æqualiter ex mente defuncti vocari Huber. ad *Inſt. tit. de Succeſſ. ab inteſt. num. 2.* At verò, quia Jus Romanum expreſſæ morientium voluntati abſolutam ſemper ſucceſſionis ordinandæ poteſtatem tribuit, atque diſertè uterinos à querelæ movendæ facultate excluſit, ſolius JCti non eſt, liberum hactenus teſtandi jus reſtringere, atque ad ſubvertendas morientium voluntates ultra perſonas lege nominatas, quas præter naturale ſanguinis vinculum inſuper familiæ communísque nominis ratio commendat, querelam, quæ odium continet, producere.

Ad contrariorum ſolutionem pronum cuique erit di- 30
ſcrimen inter caſum, quo teſtamentum ab initio quidem validum, ſed per deſtitutionem heredis vel agnationem poſthumi ruptum, & inter noſtrum, quo id per querelam inofficioſi everſum eſt, aſſignare. Hoc enim teſtamentum non immediatè à lege, ſed ab homine, nempe vî ſententiæ ſuper inofficioſo latæ, atque ad propulſandam injuriam à defuncto illatam reſcinditur; ſecus ac in priori, ubi voluntas corruit per ipſam legem, per quam & locus fit ſimplici ab inteſtato ſucceſſioni. Et verò, ùt ait Huberus ad *Inſt. tit. de inoff. teſtam. num. 4.* nihil neceſſe eſt, ut jus querelæ ordinari dicamus ad ſimplicem ex teſtamento vel inteſtati ſucceſſionem. Eſt quidem querelæ effectus ſucceſſio ab inteſtato; ipſa querela non eſt ejus generis, nec ejusdem naturæ. Hereditas non obtinetur ſimpliciter vî ſucceſſionis ordinariæ ab inteſtato, ſed vî ſententiæ ſuper inofficioſa latæ. Procedit ergo *Nov.* dunta-

xat de casu, quo immediatè ab ipsa lege, sive testamentum nullum omnino conditum, sive postea illud ruptum aut irritum fuerit, hereditas defertur. Confer, quæ de unitate vel distinctione querelæ cum petitione hereditatis supra latiùs deducta sunt. Ad ultimum concedi potest, post *Nov.* non minorem certo respectu uterinis quàm consanguineis per exheredationem injuriam inferri; quia æqualis, quam ab intestato habent, spes hereditatis eis per testamentum succisa est; at verò inde non magis sequitur, eos ad querelam pariter admittendos, quàm germanos indistinctè atque etiam non prælata turpi persona cum parentibus, fratrum prædefunctorum liberos unà cum thiis suis ob æquale ab intestato jus succedendi ad querelandam defuncti voluntatem ex communiori admittimus; quamquàm non pauci cum Bachovio ad Treutl. *h. tit. thes. 4. Lit. D. in fin.* ex consequentia doctrinæ & prioris asserti id quoque affirmare non vereantur; etsi, ùt addit *cit.* Author, leges novæ non sint nimis extendendæ: & admisso illo, fratrum liberis, etiam ubi soli sint, vel repudiantibus etiam patruis querela fuerit concedenda. Et ideo rectiùs hìc subsistemus, ut effectum querelæ & fructum ad fratrum liberos pertinere, vel ad summum cum patruis, querelam moventibus concurrere posse statuamus, quòd aliàs quoque novum non sit, ut aliquis propter tertium beneficium habeat, quod proprio jure & ex sua persona non haberet. Num verò saltèm consanguineorum victoria uterinis prosit, alterius quæsiti est, suô locô à nobis pro dignitate latiùs discutiendi.

31 Neque verò fratres & sorores simpliciter & propter se, sed odiô scripti heredis querelam obtinent, seu ùt postpositi turpi personæ, nempe cum iisdem præteritis vel exheredatis alius turpitudine, vel vitæ maculâ laborans prælatus ac heres institutus est *l. 27. C. h. t.* ùt adeò, quod Hub. ad *inst. tit. 18. num. 4.* eleganter advertit, appareat, fraternam conjunctionem legibus non esse adeò decretoriam, ut institutione heredis præcisè honoranda sit, tamen esse tam prægnantem,

ut

ut ſi minima ad eam teſtantis contumelia accedat, in tantùm ſe excitet, ac corroboretur, ut vim peremptoriam induat, ac inſtitutionem indecoram evertat; cui conſequens eſt, fratri tum querelam non dari, ſi ipſe pari cum inſtituto turpitudine notatus ſit, cùm iniquè quis in alio mores carpat, quos in ſe ipſo probavit *l. 11. C. h.t. l. 39. & 47. ff. ſolut. matrim.* ita communiter DD. Diſſentit Struv. *exercit. 10. l. 5. tit. 2. n. 8.* ob generalitatem textûs *l. 27. & Nov. 22. cap. 47.* ſed perperam, ùt id jam alibi indicavimus. Neque dicas, in pari cauſa meliorem eſſe conditionem fratris; nam, ùt Clariſſ. D. Collega D. Peregrini ad *Inſt. h.t.* rectè notat, hoc probaret, quòd militante tum pro fratre, tum pro herede inſtituto æquali vitæ honeſtate frater eſſet præferendus, adeóque, quòd eidem competeret querela etiam contra perſonam honeſtam.

Prætereà, ut fratres querelâ gaudeant, oportet eos eſſe 32
naturales, & legitimos; unde illegitimi, licèt ex eodem ſint patre, ab hac excluduntur; cùm ea conſanguineis, ſeu agnatis tantùm competat *d. l. 27.* agnatio autem tantùm habeatur vel ex legitimo matrimonio, vel arrogatione aut adoptione perfecta *§. 1. & 2. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* Quid, quòd hujusmodi ex eodem tantùm patre fratres nec ſibi invicem ab inteſtato ſuccedant *Nov. 89. c. 4.* adeóque nec querelam obtinere queant, quæ non niſi dependenter à jure legitimæ ſucceſſionis conceditur, & ab ea ad querelam negativè peremptorium argumentum deducitur *l. 6. §. 1. ff. h.t.* Sed neque legitimi tantùm, licèt ab inteſtato ad ſucceſſionem fratris ſui per arrogationem facti admittantur, teſtamentô excluſi querelâ juvantur; tum quia ùt in *d. §. 2.* Imperator ait, impropriè tantùm ſunt conſanguinei, tum, quia nemini invito per adoptionem heres obtruditur *§. 7. Inſt. & l. 6. ff. de adopt.* quò facit, quòd & per oblationem curiæ legitimati in patris ſui tranſeant poteſtatem *§. 18. Inſt. de nupt.* fraternum tamen teſtamentum ùt inofficioſum accuſare nequeant *Nov. 89. cap. 4.* quod & DD. communiter *arg. d. Nov.* de legitimatis per Reſcriptum Principis affirmant apud Lauterb. *diſp. de*

ſing.

ſing. frat. jur. part. 2. §. 19. ſecùs ſentientes de legitimatis per ſubſequens matrimonium per *d. Nov. cap. 8. in princ.*

33 Dicuntur autem hoc in loco turpes perſonæ, quæ *infamiæ, turpitudinis, vel levis notæ maculâ aſperſæ ſunt d l. 27.* per *infamiam* eam intellige, quæ legibûs ipſo jure, vel per ſententiam Judicis infligitur, per *turpitudinem* illam, quæ ex inhoneſto facto legibûs non notato opinione gravium Virorum contrahitur; per *levis notæ maculam* omnia comprehendi videntur, quæ aliquem paulò deterioris exiſtimationis in civitate faciunt. Quinam verò poſteriorum numerô (nam priores ex *tit. de his, qui notantur infamiâ*, ſatìs perſpicui ſunt) in ſpecie contineantur, non apud omnes in liquido poſitum eſt. Nos rem cumprimis ab arbitrio Judicis pendere cenſemus. Interim pro illuſtratione rei quorundam exempla ſubjicere contenti. Sic tales reputantur aleatores, & luſores publici Maſcard. *de prob. concl. 999.* concubinarii Barboſ. ad *d. l. 27.* ebrietati vacantes Molin. *de juſt. & jur. diſp. 159. in fin.* & in genere omnes, quos ob morum corruptelam Judex iniquum cenſet, fratri immerenti prælatos eſſe. Præterea huc referuntur viles, abjectæque perſonæ, quæ vitæ genus ex conſuetudine ſordidum profitentur, ac quæſtum turpem faciunt, ùt ſunt latrinam purgantes, muliones, excoriatores, carnifices, lictores Richter *part. 1. deciſ. 53. n. 6.* Barboſ. ad *l. 27.* Lauterb. *d. diſp. §. 16.* quò etiam hodiernîs moribûs reduci poſſunt pro quæſtu in ſcenam prodeuntes hiſtriones, mimi, funambuli.

34 Quid de liberis ex illegitimo thoro natis cenſendum? eò controverſia incumbit, num maculam, ſeu notam illam, ad effectum admittendi fratres ad querelam ex proprio facto præcisè ortam eſſe oporteat, an verò ſufficiat, undecunque illa contracta ſit? Adeò in diverſa DD. hìc ſenſa abeunt, ut vix quidquam tutò ſtatui valeat. Qui ſpurios fratri negant præferri poſſe, has attexunt rationes. I. Quòd, etſi concedatur, ſpurios infamiâ facti non laborare, de quo tamen valde inter DD. controverſum eſt, ùt videre eſt apud Hart. Pi-

Pistor. *part. 1. quæst. 48.* Mynsing. *contr. 4. obs. 31.* **Ant. Thes.** *decis. 126.* negari tamen non potest, quin ex constanti moratiorum gentium existimatione labes aliqua, & levis notæ macula iis hæreat, non quidem ex facto sic nascentium, ceu pœna inusta, sed ex vitio, ac defectu natalium contracta; ubique enim opprobrii locô habetur, spurium vocari: ne dicamus, quòd pro persona integra, &, ùt loquuntur, legali haberi nequeat, qui ex improbata omnibus gentibus conjunctione natus, nec patrem, agnationem, & familiam habere intelligitur. Accedunt textus Divini & humani Juris *Deuter. 23. v. 2.* Manzeres, id est, de scorto nati usque ad decimam generationem in Ecclesiam ingredi vetantur. Adulterorum filii abominatio sunt DEO *Sap. cap. 3.* & adulterinæ plantæ non dabunt radices altas, nec stabilem sedem ponent *Sap. 4.* In *cap. si gens 10. dist. 56.* dicuntur nec in bello fortes, nec in fide stabiles, nec honorabiles hominibus, nec DEO amabiles. Et Calixtus Pontifex in *cap. conjunctionis 2. c. 35. q. 2.* ex incestu natos, quos Lex Divina maledictos appellat, infamiâ, inquit, eos notamus, & infames esse censemus; quia infamiæ maculîs sunt aspersi: unde & in *cap. 1. de fil. Presb.* ad SS. Ordines promoveri vetantur *cap. 13. in fin. qui fil. sint legit.*

Profertur quidem ex Jure civili, quòd spurii in ordinem 35
decurionum adlegi possint *l. 3. §. 2. ff. de decur.* ideóque infames non sint, utpote quibus portæ dignitatum penitus sunt occlusæ *l. 2. C. de dignit.* atqui vel ex ipso textu apparet, quòd, etsi jure Civili pro infamibus haberi nequeant, levi tamen macula vel hoc ipso notati esse censentur, quòd ibidem dicatur, legitimè natos spuriis præferri, nec hos, nisi in illorum defectum, in ordinem adlegi; quemadmodum & hodiernîs moribûs testante Mynsing. non facilè ad honores admitti solent. Et verò hoc ipsum non obscuré *l. 27.* videtur innuere, dum ab infamia, quæ ex facto proprio inuritur, levem maculam, quæ aliunde quoque contrahi potest, apertè distinguit, ut adeò generalitati textûs minùs conveniat, eandem

ad notam, quam quis ipſe factô ſuô ſibi induxit, reſtringi. Querela, non diffitemur, odioſa eſt, & in dubio pro libertate teſtandi ſtandum *l. 10. in fin. ff. h. t.* ſed & ratio fraternæ neceſſitudinis habenda eſt, nec ferendum, ut frater à fratre prælato hujusmodi herede impunè contumeliâ afficiatur. Cui porrò accedit, ſervum, non quem propria improbitas, ſed & fati infelicitas in eam conditionem dejecit, niſi is heres neceſſarius foret, velut cùm non eſt ſolvendo hereditas *d. l. 27. in fin.* fratri heredem prælatum, locum facere querelæ *arg. l. 31. §. 1. ff. h. t.* quemadmodum id olim quoque in extraneis aut non municipibus heredibus inſtitutis obtinuit, non alia opinor ratione, quàm quia iniquum reputabatur, hujusmodi non integri ſtatûs hominibus fratrem poſtponi. Licèt igitur in hujusmodi illegitimè natis culpa deſit, non tamen deeſt cauſa, cur etiam inſontes maculâ notentur Ant. Faber in *Cod. lib. 9. tit. 28. def. 20. num. 3.* odium videlicet illiciti coitûs, & ut cives hac quoque ratione à vago concubitu abſtinere diſcant Pet. Heig. *part. 1. q. 21. num. 18.* Carpz. *part. 3. conſt. 10. def. 10.* Vinn. ad *§. 1. Inſt. h. t.* Bachov. *p. 1. diſp. 13. theſ. 4. lit. B.*

36 Qui è caſtris adverſis militant, ſequentia adducunt I. ex *l. 6. princ. ff. de decur.* ubi JCtus, *ſpurii*, inquit, *decuriones fiunt: ideo fieri poterit ex inceſto quoque natus; non enim impedienda eſt dignitas ejus, qui nihil admiſit:* enimverò ùt in *l. 26. ff. de pœnis* dicitur: *Crimen vel pœna paterna nullam maculam filio poteſt infligere; nam unusquisque ex ſuo admiſſo ſorti ſubjicitur, nec alieni criminis ſucceſſor conſtituitur l. 26. Cod. eod.* & Imperator Anaſtaſius in *l. 7. Cod. de nat. lib. movente miſericordia, qua indigni non ſunt, qui alienô laborant vitiô*, quia ùt habetur in *cap. naſci 5. diſt. 56. naſci ex adulterio non eſt culpa naſcentis ſed generantis;* quò & facit *cap. præcedens 4.* ubi Chryſoſtomus de vitiis, inquit, parentum nunquam erubeſcamus: ſed id unum quæramus, ut virtutem amplectamur: etiamſi fornicatione pollutam, vel quolibet ejusmodi dedecore matrem ſordidatam quis habeat, nil tamen de ejus vilitate fuſcabitur, aut crimine polluetur. Quòdſi fornicatorem ipſum ad meliora converſum nequa-

quam

quam prior vita commaculat, multò magis ex meretrice natus & adultera, si propria virtute decoretur, parentum suorum non dedecoratur opprobriis; non est enim omnino nec de virtute nec de vitiis parentum aut laudandus aliquis, aut culpandus. Cui jungatur Hieronymus in *cap. 8. eod.* Et satis ex Historiarum fide constat, spurios varios in Republica insignes exstitisse, & ad summos honores evectos. Denique nulla eos lex à successione extraneorum arcet, præterquam quòd ex damnato complexu natis quidquam à patre relinqui vetet non tam illorum, quàm patris odiô *auth. ex complexu Cod. de incest. nupt.* Zoës. *Comment. ad ff. h.t. num. 22.* Voët. ad *ff. h.t. num. 10.* & alii apud Hartman. Pist. *cit. loc.* Hub. ad *Inst. h.t. num. 4.* ubi scribit: Res est, de qua in utramque partem ambigere possis: mihi nunc ita potiùs videtur, gravitati artis convenire, spurios, qui nihil admiserunt, non esse malè habendos, nisi quatenus lex id exprimendum putavit, quod cùm hìc factum non sit, nostri arbitrii id facere æquum esse non putavi. Authoritatibus pro superiori Sententia relatis posterioris defensores respondent, ea de his procedere, ad quos hereditaria successione paterna descendunt flagitia, quique incontinentiæ parentum suorum imitatores existunt, ùt explicat Gratianus in *cap. 1. & 13. dist. 56. cap. 10. vers. ego sum DEUS de Renuntiat.* quemadmodum & qui pro priori opinione stant, posterioris testimonia non quoad Juris effectus, sed quoad bona spiritualia volunt esse capienda.

Quidam cum Fachin. *Controv. lib. 6. cap. 39. in fin.* Tho- 37
ming. *48.* mediâ viâ incedunt, ut si quidem spurius ad honores & magistratus admissus, vel tanta ejus sit virtus, ut vitæ honestate & meritis maculam illam facilè diluat, & ab omnibus bonis ac honestis recipiatur, hæc sola ei nota nocere nequeat *arg. l. 3. §. 2.* ibi, *& re & vita honesti ff. de decur. d. cap. nunquam & cap. Apostolica dist. 56.* quod etiam Anton. *Thesaur. decis. 126. num. 6.* ad spuriam fraternô testamentô institutam extendit, quæ nobili ac honesto viro matrimonio juncta est *arg. l. 8. ff. de Senat.*

38 Id minus dubii habere videtur, quin legitimati non modò per ſubſequens matrimonium, quod pleniſſimè maculam omnem illegitimorum natalium abſtergit *cap. tanta 6. qui filii ſint legit.* ſed & per reſcriptum Principis à querela fratrum immunes ſint'; nam etſi in his quoque cicatrices remaneant, & ùt Baldus apud Mynſ. *cit. loc.* loquitur, ſimiles ſint Alchimiæ, quæ facit apparere, quod non eſt, nihilominùs tamen ex Principum voluntate omnino legitimis effectu juris accenſentur, indéque in omnibus habentur, ac liberi ex thoro legitimo editi *Nov. 89. cap. 9. ad jus legitimum filios ducere naturales, & §. 1. naturæ reſtituere, & antiquæ ingenuitati & juri legitimo.*

39 Sed quid, ſi hujusmodi perſonæ mutato vitæ genere ad meliorem frugem rediêrint, honeſtámque vitam duxerint, num illis prior turpitudo quoad hanc fraternam querelam noceat? Non nocere apud Lauterb. *cit. tract. §. 16. num. 9.* tradit Gratianus *tom. 1. diſcept. forenſ. cap. 135. num. 16. & ſeqq.* Barb. ad *d. l. 27.* atque id fortè minùs in his perſonis, quas levis notæ maculâ ex abjecto vilíque vitæ genere aſperſas diximus, dubii habere poteſt, ſi mutata jam conditione probos mores honeſtúmque vitæ genus elegerint. De his verò, quos infamia ex turpi facto inquinavit, ingens inter DD. contentio eſt. Quidam hujusmodi perſonis infamiam perpetuò obſtare cenſent cum Vinnio *Inſtit. h. t. ad §. 1. num. 6.* Voët ad *Pand. h. t. num. 10.* eò quòd contracta ſemel turpitudo non aboleatur, quæ poſteà intermiſſa eſt *l. 43. §. 4. ff. de rit. nupt.* pœnitentia quidem & vitæ emendatio abſtergit delicti notam coram DEO, at non in hujus ſæculi tribunalibus *l. 65. ff. de furt. l. 5. ff. de rapt.* utique manet adhuc litura proſtitutæ quondam honeſtatis: at excluduntur à fratre, qui vel levis notæ maculâ laborant. Accedit, quòd infamia juris regulariter ſit perpetua *l. 6. C. ex quib. cauſ. infam. l. 4. §. 4. ff. de re milit.* & etiam illa ſublata ſit, onerata tamen manet apud graves & honeſtos Viros ex turpi facto quondam admiſſo delinquentis exiſtimatio. Unde meritò rejiciendam cenſent quorundam apud Vinnium opinionem, quæ ſta-

tuit

tuit, meretricem honeſto viro nubentem pro infami ampliùs haberi non poſſe.

Sed verò nemo non intelligit, quàm grave ſit, humanæque lubricitati adverſum, labē ex delicto ſemel fortean admiſſo contractam adeò perpetuò hærere, ut nullo unquam tempore elui, nec confirmatîs abhinc ad honeſtatem moribûs ampliùs abſtergi poſſit. Quis credat, quin ſequior illa aliquando apud graves Viros cujusdam exiſtimatio longô virtutum ſtudiô aboleri queat, atque omni exceptione ſuperior evadere? Præterea, cùm ipſæ leges aliquando tempore finiri infamiam *l. 3. C. ex quib. cauſ. infam. l. 3. §. 1. l. 5. ff. de decur. l. 8. ff. de poſtul. l. 13. §. 1. ff. ad L. Cornel. de falſ.* quandoque eam perpetuò durare pronuncient *l. 6. C. ex quib. cauſ. infam. l. 13. princ. ff. de decur.* tentare quis poſſet, an præſens quæſitum hoc diſtinctionis medio expediri valeat? nempe ut interſit, infamiam juris, an facti quis incurrat: Si priùs, tunc vel cauſa, ſeu crimen naturâ ſuâ famoſum eſt, hoc eſt, tale quid admiſſum, ob quod non per ſententiam demum, ſed ipſo jure quis infamatur, qualia recenſentur in *l. 1. ff. de bis, qui not. infam.* & effectus infamiæ erit perpetuus, tametſi à Judice pœna temporalis v. g. relegatio ad certum tempus fuerit impoſita *d. l. 6. d. l. 13. d. l. 4. §. 4.* quia hoc ipſo, quòd lex ſinè præfinitione temporis delicto alicui infamiam irrogat, adeóque ad hunc effectum præcisè factum aliquod turpe ſemel admiſſum ſpectat, ut hoc ampliùs infectum fieri nequit, ita nec infamia deſinere. Quod limitamus I. ubi in cauſa per ſe famoſa durior à Judice, quàm quæ legibûs ſancita eſt, pœna & quidem ad vindictam publicam ſpectans, non pecuniaria, alicui impoſita eſt; tum enim ſuper infamia futuri temporis transactum videtur, & ſeveritas ſententiæ cum exiſtimatione compenſata, ac fama vel ſtatim, vel tempore pœnæ exacto reſervata *l. 13. §. 8. ff. de bis, qui not. infam. l. 4. cod. eod. l. 15. ff. ad municip. l. 5. ff. de decur.* quia, cùm lex plus accipiat, quàm ipſi debetur, viciſſim ipſa aliquid cenſetur remittere Brunn. ad *l. 4. n. 2. & 3.* II. Id limitatur in edicto de poſtulando, quatenus quis lapſo

tempore, ad quod vel ſilentium advocationis indictum, vel exilium alicui irrogatum fuit, ſinè diſtinctione cauſæ & criminis poſtulare poteſt *l. 8. ff. de poſtul. junct. l. 3. §. 1. ff. de decur.* ſubjecta ratione, ne ſcilicet pœna determinata contra ſententiæ fidem ulteriùs porrigatur. Verùm ùt videtur, non ſecundùm jus (vid. *l. 5. ff. de decur. d. l. 15. & l. 6. C. ex quib. cauſ.* quibûs clarè deciditur, ad tempus ordine motum ex crimine famoſo etiam poſt tempus infamiam manere) ſed ex conſtitutionibus Principum, in quantum illi ſæpè aut benignè, aut ſeverè multa contra jus introduxerunt Cujac. *lib. 4. obſ. 19.* Voët. ad *tit. de bis, qui not. infam. num. 7.* vid. tamen Huber. *ad eund. tit. num. 6.*

41 Quòdſi factum per ſe ipſo jure notatum non ſit, ſed infamia demum per ſententiam Judicis infligatur, turpitudinis nota unà cum animadverſione durabit, & exſtinguetur *l. 4. §. 4. ff. de re milit.* quia qualis cauſa, talis & effectus cenſetur *arg. l. 22. ff. de his, qui not. infam.* & ne aliàs, quod in *l. 3. §. 1. ff. de decur.* dicitur, atque ad præſens infamiæ genus rectiùs quadrat, pœna tempore determinata contra ſententiæ fidem ulteriùs porrigatur Carpz. *pract. crim. part. 3. q. 163. à num. 57.* Weſenb. in *parat. ff. de his, qui not. &c.* Sed verò, etſi deſinat juris infamia, ea tamen, quæ ex ipſo facto labes aſperſa eſt, non continuò ceſſat, ſed etiamnum cicatrix ex vulnerato pudore remanet, quæ exiſtimationem notati apud graves Viros inficiat. Unde ut alterum collocemus diſtinctionis membrum, ſi quis facti infamiâ laboret, hac eousque oneratus erit, donec moribus ad virtutis ſtudium compoſitis meliorem de ſe opinionem induxerit, & priorem maculam vitæ honeſtate exterſerit. Probatur id per *l. 2. C. de his, qui in exil. dat. vel ord. moti ſunt.* ubi decurio ad tempus relegatus, & impleto tempore regreſſus priſtinam quidem, quam tenuit, ex benignitate recipit dignitatem *d. l. 4. §. 4.* ſed ad novos honores exacto demum à reditu tanto tempore, quanto per exilium abfuit, admittitur, confer *l. 15. ff. ad municip.* non alia, opinor, de cauſa, quàm quòd hic talis per id temporis ſpatium eò operam

ram conferre debeat, ut hærentem ex priori delicto labem factis contrariis abolere, ſibíque viam ad dignitatem conſequendam, quæ etiam facti infamiâ notatis occluſa eſt *l. 2. C. de dignit.* pandere valeat. Ad hæc, ſi famam integram conſequitur, qui pleniſſimè ad eam à Principe reſtitutus eſt *l. ult. C. de general. abol. l. 1. §. 9. & 10. ff. de poſtul. l. 7. C. de ſent. paſſ.* utique & talis priorem maculam eluiſſe cenſendus eſt, qui vel ad honores actu admiſſus eſt, aut ſaltèm ad eos capeſſendos ſeſe reddidit idoneum, vid. omninò Magnif. D. P. Franciſcus Schmier *tom. 1. lib. 1. tract. 4. cap. 6. ſect. 5. §. 4. & 5.* ubi *n. 549.* ex Panormitano, & aliis compluribus allegatis ſuſtinet, infamiam facti per emendationem vitæ, ſaltèm trienniô continuatæ, purgari *arg. cap. nunquam 4. diſt. 56. & cap. ſi duo 4. c. 35. quæſt. 6.*

Illud dubio procul eſt, turpitudinem heredis poſt mor- 42
tem teſtatoris ſupervenientem querelæ huic locum non facere; cùm ita teſtatori objici nequeat, quòd turpem perſonam fratri præferendo contra officium pietatis egerit Barb. ad *d. l. 27. num. 34.* Satìs de hoc turpitudinis argumento per generales juris regulas egimus; neque enim id per ſingulos caſus, qui à DD. in hanc vel illam partem deciduntur, pertractare vacat, ſed hactenus plurimùm æquo & prudentis Judicis arbitrio, hísce principiis inſtructo, tribuntum volumus.

Hîs porrò conſectaneum eſt, ut pluribus heredibus à 43
fratre inſtitutis, quorum unus tantùm turpitudine notatur, fratribus excluſis non contra omnes, ſed adversùs eum tantùm & quoad ejus portionem, qui infamiæ maculâ aſperſus eſt, querela accommodetur, rata manente defuncti diſpoſitione quoad reliquos, qui ita partes ſibi adſcriptas ex teſtamento, fratres evictam alterius portionem jure inteſtati capient: neque in querela inofficioſi inſolens eſt, teſtatorem expoſtfacto partim teſtatum partim inteſtatum effici *l. 15. §. fin. l. 24. ff. l. 13. Cod. h. t.* cùm id ſaltèm *l. 7. ff. de R. J.* caveatur, ne quis paganus ita decidat, id eſt, de parte bonorum teſtetur, de alia non teſtetur, tum verò præteritus frater hoc in

ca-

casu portionem turpis heredis obtinebit, si illa fuerit ab eodem adita *l. 8. §. 10. ff. h.t.* nam si hereditatem repudiaverit, ea reliquis honestis coheredibus accrescet, contra quos fratri querelæ facultas non est Lauterb. *cit. disp. §. 17.* Hillig ad Donell. *lib. 19. cap. 4. cit. C.*

44 Cùm in explicata hactenus *l. 24. Cod. h.t.* sola consanguinei fratris mentio occurrat, non immeritò quis dubitaverit, an non germanis indistinctè, atque etiam turpi persona non prælata hæc querela competat? Nicolao Hertio *dissert. de fratris germani querela inofficiosi adversùs quoscunque*, sententiam ajentem persuasit, quod nullus textus proferri possit, qui fratribus germanis eo solùm casu, quo eis propudiosa persona prælata est, querelam tribuat; quin magis ex generalitate *l. 1. ff. & l. 21. Cod. h.t.* sinè discrimine fratrem & sororem ad querelam promiscuè admittentis dicendum videtur, eandem olim fratribus omnibus germanis juxta ac consanguineis & uterinis contra omnes etiam honestos heredes competiisse: cùm verò in *l. 27. Cod. h.t.* uterini demum à querela excluſi, eáque in consanguineis, de quibus *cit.* textu sola occurrit mentio, ad casum prælatæ turpis personæ restricta sit, consequens est quoad germanos, de quibus *l. 27.* altum silet, veteris Juris dispositionem in suo vigore perstare, hísque indistinctè querelam contra omnes extraneos competere; uti enim favor consanguineorum major est, quàm uterinorum, ita quoque etiam germanis, qui aliàs ab intestato consanguineos excludunt, majorem præ his in ordine ad querelam prærogativam assidere oportet. Denique, ùt ratiocinatur *cit.* Hertius, necessitas certos instituendi heredes iis casibûs inducta est, quibus natura peculiarem unius erga alterum effectum indidit, eo autem post parentes & liberos quisque in fratres suos, iisdem parentibûs genitos, fertur maximo. Hinc Cyrus apud *cit.* Authorem *§. 8. in extrema ad filios oratione, qui eodem,* inquit, *semine prognati, ab eadem nutriti matre, in eadem domo creverunt, quî fieri possit, ut non omnium sint conjunctissimi?* & Quintilianus *declam. 321. quæ,* inquit, *potest esse amicitia tam felix, quæ imitetur*

fra-

fraternitatem? Certè quoties blandiri volumus his, qui eſſe amici videntur, nulla adulatio procedere ultra hoc nomen poteſt, quàm ut fratres vocemus.

Verùm hæc tanti non ſunt, ut à communiori, aperta legum authoritate commendata ſententia, germanos duntaxat in caſu prælati turpis heredis admittente nos dimoveant. Ait enim I. Imperator in *§. 1. Inſt. h. t. Soror autem & frater, turpibus perſonis ſcriptis heredibus, ex ſacris Conſtitutionibus prælati ſunt: non ergo contra omnes heredes agere poſſunt:* quis textum tam effusè atque illimitatè conceptum, quo ex profeſſo traditur, quibus &qualiter querela competat, ad fratres ſolo patre junctos probabili ratione reſtringat, germanósque ùtùt frequentiores ab eodem eximat? Si dicas, limitationem hanc ex eo faciendam eſſe, cùm ibidem ad ſacras conſtitutiones ſeſe referat Imperator, quibus tamen nusquam apparet, fratri germano, turpi herede inſtituto, querelam demum impertitam fuiſſe. Imò verò ejus rei & textum clarum dabimus, atque hanc relationis factæ rationem eſſe contendimus, ne ſcilicet, ex nomine fratrum ac ſororum indiſtinctè poſito quis arguat, querelam vî hujus textûs uterinis etiam fratribus conceſſam eſſe, qui jam ante Conſtantini *leg. 27. C. h. t.* ab eadem fuerunt excluſi. Textus autem, quem exhibere condiximus, ex Codice Theodoſiano eſt Imperatoris Conſtantini in *l. 1. C. Theod. de inoff. teſtam.* in hæc verba conceptus: *fratres uterini ab inofficioſis actionibus arceantur, & germanis tantummodo fratribus adversùs eos duntaxat inſtitutos heredes, quibus inuſtas eſſe conſtiterit notas deteſtabilis turpitudinis, agnatione durante, ſinè auxilio Prætoris petitionis aditus reſeretur.* Ex hac Conſtantini conſtitutione Tribonianus *l. 27. C. h. t.* cum aliqua immutatione concinnavit, ac primò quidem jubet, idem in ſorore jus eſſe, quod Conſtantinus in fratre conſtituit: præterea nonvult intereſſe, utrùm agnatio duret, vel non: denique pro *germanis* ſubſtituit *conſanguineos*, ad tollendam vocis ambiguitatem: nam fratres germani apud Gerard. Noodium ad *Pand. tit. de inoff. teſtam.* Frontoni veteri Grammatico ſunt iisdem

nati parentibûs, Feſto idem ac conſanguinei, id eſt, ex eadem ſtirpe eodémque patre nati. Varro, Servio teſte, germanos interpretabatur de eadem genitrice manantes. Cùm ergo Tribonianus hos in ſpecie *d. l.* arcere, ſimúlque ex altero Frontonis ſignificatu opinandi anſam fratres tantùm duplici vinculo conjunctos beneficiô querelæ gaudere, ſubmovere voluerit, juſta ratione pro germanis ſuppoſuit conſanguineos, eóque nomine omnis generis fratres ex eodem patre prognatos, ſive eſſent uterini ſimul, ſive conſanguinei tantùm, indigitavit; nam ad utrosque verbi proprietas æquè ſpectat, & nomine conſanguinei ſimpliciter prolati etiam germani veniunt *l. 1. §. penult. l. 2. §. 18. l. 7. ff. ad SCtum Tertull. l. 3. C. de leg. tut. l. 1. 3. & 6. C. de legit. hered.* cùm non aliud, quàm quod à patre eſſet conjunctionis vinculum, ad ſucceſſionis querelæque rationem pertinuiſſet: nec ſanè neceſſum erat, ùt quidem argutantur, Tribonianum germanorum inſuper meminiſſe; cùm conjunctio per matrem ſuccedendi prærogativam ea legum tempeſtate non tribueret.

46 Quæ ſententia confirmatur II. ipſo adverſantium argumento. Fratribus, ùt illi ex *l. 1. ff. & l. 21. C. h. t.* concludunt, olim omnibus ac ſinè diſcrimine querela competiît; atqui ea non illis competiît ſimpliciter *l. 24. ff. h. t.* ubi Ulpianus: *quid ſi fratre agente heredes ſcripti diverſi juris fuerint? quod ſi fuerit, pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe videtur*, ſed demum prælato iis vel ſervo vel extraneo, ſive aliquo extra familiam vel non municipe; cùm in liberis & parentibus nihil referret, eſſétne ſcriptus aliquis ex liberis, an extraneis *l. 31. §. 1. ff. h. t.* Ergo nec hodie aliud in germanis jus ſtatuendum eſt: nihil enim aliud immutatum, quàm quod Conſtantino in *l. 1. & 3. C. Theodoſ.* & compilata ex præcitatis textibus *l. 27. C. h. t.* tanti ampliùs non ſit viſus familiæ vel municipii reſpectus ad querelam fratri adversùs fratris ſui teſtamentum concedendam, qui hactenus honeſtatis rationem ſpectari maluit, & querelam eo demum in caſu impertiri, quo frater, fratre neglecto, perſonas inſtituit, quibus inuſtæ ſunt notæ deteſtabilis turpitudinis,

ex-

exceptô libertô non merente & ſervo herede non neceſſario. Ita nobiscum facit Clariſſ. D. Colleg. P. Placidus Böckhn *lib. 3. decret. tit. 26. §. 4. in fin.* qui latiùs hanc quæſtionem exequitur.

Unde jam nullâ operâ contraria dilui poſſunt. Textum 47
enim ex *l. 1. C. Theodoſ. h. t.* protulimus, germanorum mentionem diſertè facientem, unáque oſtendimus, Tribonianum non reſtringendæ ad conſanguineos querelæ animô, ſed tanquam ſynonimum pro germanis ſurrogâſſe conſanguineos, vocabulum præſentî argumentô, ubi de uterinis, ceu cognatis excludendis agebatur, atque ad tollendas alias ambiguitates maximè accommodatum, & vulgari ſermonis uſu tum temporis frequentatum. Uterinos ſanè civili Jure à ſucceſſione omni excluſos fuiſſe, nemini non perſpicuum eſt *l. 1. princ. & l. 2. ff. unde cognati*, unde nec querelæ jure gaudere poterant; quippe quæ ex prærogativa ſucceſſionis penderet *l. 6. §. 1. ff. h. t.* ſed ſi hæc eis unquam indulta fuerit, id beneficiô Prætoris factum fuiſſe oportet, ex quo eos in cognatorum ordine ad bonorum poſſeſſionem poſt agnatos vocavit, ùt Adverſarii partim ex *l. 1. ff.* in verbis: *cognati enim proprii, qui ſunt ultra fratrem*, & *l. 21.* ibi: *nemo, qui ex transverſa linea, exceptis fratre & ſorore, ad inofficioſi querelam admittantur C. h. t.* partim verò ex *l. 1. C. Theod.* ibi: *fratres uterini ab inofficioſis actionibus arceantur, & germanis tantummodo fratribus petitionis aditus reſeretur.* Itémque ex ejusdem pœnè tenoris *l. 27. repet. prælect. C. h. t.* verba juris antiqui correctoria præſeferente, probare nituntur. Sed num id aliquando veteri Jure ita obtinuerit, an ſaltem Conſtantini temporibus quidam introducere molieban-tur, jam non definimus, quibus hoc unum commonſtrâſſe ſufficit, nullo unquam jure fratribus aliter, quàm ob notam heredis ſcripti adversùs fratris ſui teſtamentum querimoniam competiiſſe. Porrò ex ſuprà deductis ſatìs liquet, à prærogativa ſucceſſionis ad querelam legitimum argumentum haud duci; nam aliàs id conſequeretur, fratrum germanorum liberos, utì in ſucceſſione potiores ſunt, ita in hac quoque conſanguineis præferendos eſſe. Denique ultimum argumentum

eò saltem valet, ut querela ob hujusmodi causam justè fratribus absolutè foret concedenda, sed aliter Legislatoribus Romanis visum, qui facultatem testandi, ex Leg. XII. Tab. liberrimè patentem, saltem quoad liberos & parentes, quoad fratres verò non aliter, quàm in casum turpis prælationis restringendam esse putaverunt.

48 Aliis ultra jam enumeratos querela non datur, sed eos consultiùs facturos monet Ulpianus, si se sumptibûs inanibûs, & conatu nil profuturo non vexarent *l. 1. ff. h. t.* adeóque nec fratrum, sororúmque filii eâ gaudent *l. 21. C. h. t.* Nec hactenus quidquam jure novo mutatum; nam, etsi hodie fratrum filii unà cum suis patruis, ac avo, aviáque jure repræsentationis ad patrui defuncti patrimonium ab intestato admittantur, inde tamen per ea, quæ suprà denegato ut erinorum cum consanguineis in querela concursu latiùs collocavimus, ad inofficiosi actionem legitima consequentia non infertur.

49 Opportunus nunc locus vocat, operam demus, quæsitis aliquot summè arduæ, variæque inter Doctores decisionis, quæ hoc argumentum circumstant, in lucem evolvendis. Et primò quidem illud difficultate haud caret, quo ordine parentes, & fratres, & an hi unà cum parentibus ad querelam admittantur? Putem Jus Pandectarum secernendum à Jure Codicis, & hoc à Jure Novellarum. Jure quidem Pandectarum filius in sacris paternis constitutus heredem ab intestato habere non poterat, sed pater ejus bona, puta, castrensia, vel quasi castrensia, non successionis, sed jure peculii occupabat *l. 2. & 9. ff. de castren. pecul.* Quod si de his bonis, ut ipsi permissum erat, testamentum condidisset, id à querela fuit eximium, quam immunitatem quoque Justinianus in *l. ult. C. h. t.* confirmavit, & rursus, quod suprà ostendimus, aliqua ex parte sustulit per *Nov. 115. cap. 4.* In emancipati verò successione rursus præferebatur pater manumissor tum propinquitatis & proprio, tum jure patronatûs defuncti fratribus, utpote emancipationis vinculô per emancipa-

tio.

tionem abrupto §. *ult. Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ. l. 1. pr. & fin. ff. ſi à parente quis manumiſſ.* ſed & jure patris, quod ei ſervatum eſt, potior erat matre *l. 2. C. ad SCtum Tertull.* Unde neceſſe eſt, eum quoque ante fratres, & uxorem querelam obtinuiſſe *l. 14. ff. h. t. d. l. 1. princ. ſi à parente &c.* Mater ex SCto Tertulliano ad legitimam hereditatem filii, ſed demum poſt fratres ejus conſanguineos, adeóque pariter ad querelam poſt hos admiſſa eſt §. *3. Inſt. de SCto Tertull.*

Verùm hæc Jure Codicis paulò immutata; cùm enim po- 50
ſterioribus temporibus præter caſtrenſe & quaſi caſtrenſe peculium proprietas quoque bonorum maternorum materníque generis patri ſubtracta, & liberis ex conſtitutione Leonis, & Anthemii in *l. 4. C. de bonis, quæ liberis.* quæſita fuerit, cœperunt hi quoque ab inteſtato habere heredes : liberos primùm ſuos, tum in eorundem defectum fratres & ſorores, & poſt hos demum parentes, qui non ampliùs jure peculii, ſed hereditario in bona liberorum propria ſucceſsêre *princ. Inſt. quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam. l. 2. C. ad Stum Tertull. l. ult. C. commun. de ſucceſſ.* Et ergo ea legum tempeſtate, & ante Juſtiniani tempora haud aliter quæſito huic locus eſſe poterat, quàm ſi caſum de emancipato concipias, vel homine per mortem patris juris ſui effecto; neque enim tum dignitas ulla, quod primùm Juſtinianus in Patriciorum honorem conſtituit §. *4. Inſt. quib. mod. patr.* vinculîs patriæ poteſtatis liberabatur. Emancipati igitur bona primùm pater jure patronatûs, ùt diximus, tum eo deficiente mater, denique ejus fratres ex capite unde cognati capiebant §. *3. junct* §. *5. Inſt. de SCto. Tertull.* alterius verò hereditatem priori loco ferebant liberi, tum frater conſanguineus, denique mater *d.* §. *3.* jam autem par eſt, ex quo quis ordine ad ſucceſſionem à lege vocatur, eodem admittatur ad querelam, per quam res ad cauſam inteſtati redigitur Vinn. ad §. *1. Inſt. h. t.*

Verùm hæc omnia *Nov. 118.* immutata, ac parentes ſinè 51
diſcretione ſexûs aut poteſtatis ad legitimam liberorum hereditatem ſecundo ordine vocati, ut tamen fratres ex utroque

latere defuncto conjuncti cum his æqualiter ad hereditatem admittantur *d. Nov. cap. 3.* quidni ergo hi in querela, ſi terminos habiles, nempe heredem turpem inſtitutum eſſe ſupponamus, cum parentibus pariter concurrant? cùm enim hoc in caſu & querela per ſe gaudeant, & æquali ab inteſtato ſucceſſionis jure potiantur, intelligi nequit, cur hi à parentibus excludi valeant *arg. l. 6. §. 1. ff. h.t.* poſitîs enim omnibûs ad agendum requiſitîs non poteſt non ſequi ipſa actio: neque etiam textus ullus proferri poteſt, qui deficientibûs demum aſcendentibûs eos admittat, ſed id ſaltem ad eorum querendi facultatem requiritur, ut perſona turpis his prælata ſit, cùm ad parentum, liberorùmque de inofficioſo actionem nihil intereſſet, quis heres ſit ſcriptus *l. 31. §. 1. ff. eod.* Atque huic opinioni nobiscum contra communem ſubſcribere videtur Bach. *ad Treut. diſp. 13. theſi 11. lit. B. verſ. aut fratres ſunt præteriti.* Vinn. *cit. loc.* Struv. *Exerc. 10. l. 5. tit. 2. §. 23. in fin.* Quòdſi diverſi juris, id eſt, honeſti juxta ac turpes, contra quos tantùm fratri excluſo agendi facultas eſt, heredes inſtituti ſint *l. 24. ff. h. t.* id temperamentum cenſemus adhibendum, ut ſiquidem parentes ab honeſtis portionem ab inteſtato ſibi obventuram evicerint, reliquum, quod turpi heredi datum eſt, fratribus præteritis dimittant, ſin minùs, partem quoque fratribus, & quantum ad complendam eorum portionem ſatìs eſt, auferant, fratres contrà nullo unquam caſu plus ſperare valeant, quàm heredi turpi, etſi minima quoque hereditatis pars foret, à teſtatore adſcriptum eſt.

52 Cùm ex hactenus dictis ſatìs liqueat, non omnes, quos enumeravimus, ad querelam ſimul conjunctim venire, ſed quo quis ordine ad hereditatem ex lege ab inteſtato invitatur, hinc alterum enaſcitur dubium, num in querela locum obtineat edictum ſucceſſorium, id eſt, ſi prior ordine aut gradu ad querelam vocatus, ad eam non accedat, ſive quòd non poſſit, ſive quòd nolit, an ſequens ordine aut gradu ejus in locum admittatur, perinde ac ſi prior ex eo numero non fuerit *l. 1. §. 10. ff. de ſucceſſ. edict.?* In eo ſatìs DD. conveniunt, que-

re-

relam de ordine in ſequentes diverſi ordinis tranſire, ùt apertè in *l. 31. princ. ff. h. t.* deciſum. Et extat talis ſpecies in *l. 14. ff. eod.* Deceſſit aliquis utroque filio exheredato, patre præterito: ordo poſtulat, ut primo loco ad querelam admittantur filii, quibus in judicio ſuccumbentibus, aut non querentibus ſuccedit pater, & ſuam intentionem, quæ antea in ſuſpenſo erat, implere poteſt. Jam enim hîs, qui ordine, aut gradu præceſſerunt, per ſententiam remotîs perinde habetur, ac ſi ii non exiſterent, jámque pro mortuis reputantur, dum queri ampliùs non poſſunt. Nec patri impedimento erit, quòd heres teſtamento ſcriptus ſententia Judicis jam declaratus ſit heres; id enim procedit tantùm, quod ad filios attinet, adversùs quos ſtetit heres, ſed ea ſententia non poteſt nocere patri, cujus jus interim, dum de filiorum jure liqueret, inpendenti erat, & ad agendum inefficax: notum autem eſt, ſententiam inter alios, quàm qui in judicio ſteterunt, jus non facere *l. 63. ff. de re jud. tot. tit. C. res inter alios acta &c.* adeóque nec patri obeſſe poſſe: cùm hìc jus patris ex perſona, vel cauſa filiorum non pendeat; neque hic de illorum, ſed de ſua injuria conqueritur, ſuóque jure experitur, & potuit teſtator habere optimum patrem, cùm haberet peſſimos filios; quos proin juſtè ab hereditate ſua depulit; indignum enim eſt, ut ab eadem quoque immerentem patrem excludat; quoniam ei remotîs liberîs ex commiſerationis ratione debetur hereditas. Hinc meritò prætervehendum haud eſt, quod communiter DD. aſſerunt, parentibus ceſſantibus de inofficioſo fratres queri poſſe. Id nos ſaltèm de conſanguineis, & eo modo ac moderamine capimus, ſi perſona turpis inſtituta ſit, aliàs enim termini querelæ reſpectu fratrum habiles deficiunt: germanis verò eo caſu unà cum parentibus ſupra concurſum dedimus.

Id ergo tantùm in controverſia poſitum, num etiam querela de gradu in gradum inter eundem ordinem transeat? Non pauci apud Vinn. *Select. quæſt. l. 1. cap. 20.* id ſimiliter affirmant, atque etiam Edicto Succeſſorio in linea deſcendenti 53

lo-

locum faciunt *l. 5. §. fin. ff. si tab. test. null. l. 1. §. 10. ff. de succeſſ. edict.* ita ut filio querelam repudiante, aut ab herede in ea victô, aut quoquô modô agere non valente nepos ex eo natus ad querelam admittatur, non quidem ex jure & querela patri delata, quæ jam nulla eſt, ſed ex perſona & jure proprio. Primò, quòd generaliter in *l. penult. princ. ff. h. t.* dicatur, ſequentem admitti, ſi prior accuſare nolit, aut nequeat, nulla facta diſtinctione, ſequens eandem lineam inhabitet, an diverſam. Dein ſecundò, ſequens diverſi ordinis ideo admittitur, quia præcedens, querelâ amiſsâ, perinde æſtimatur, ac ſi non exiſteret *d. l. 1. §. 10.* atque mortuus eſſet *l. 1. §. 5. ff. de conjung. cum emancip. liber. ejus.* ergo idem hoc in ſequenti ejusdem ordinis dicendum. Tertiò, quòd de inofficioſo cogniturus merita non minùs nepotis, quàm delictum patris perpendere jubeatur in *l. 3. §. 5. in fin. ff. de B. P. contr. tab.* ergo delictum patris nepoti non obeſt, quo minùs is ex perſona propria queri poſſit: cùm heredem luere delictum defuncti iniquum ſit.

54 Rurſus alii cum Struv. *d. Exercit. §. 19.* Coccejo *jure controv. tit. de inoff. teſt. quæſt. 17.* abruptè negant, inter gradus ejusdem ordinis querelæ dari ſucceſſionem, partim, quòd in *l. 14. ff. h. t.* tantùm ſpecies de ſucceſſione ordinum extet, cui conformiter *l. pen. ff. eod.* capienda; partim quia Prætor ſucceſſorium edictum ſaltem pro ſuis negotiis, id eſt, bonorum poſſeſſionibus introduxit *l. 1. princ. ff. de Succeſſ. edict.* quod etſi poſtea Juſtinianus ad ſucceſſiones quoque civiles extenderit in *§. 7. Inſt. de Leg. agn. ſucceſſ.* id tamen ad querelam ſinè claro textu minimè eſt extendendum, eò quòd querela odioſa ſit, & inſtar injuriæ, quæ non tranſit in ullos heredes, nedum in alios gradus.

55 Denique alii cum Lauterbach. *diſp. de jure Fratrum memb. 2. §. 20. tit. 1. Theſaur. jur.* Mollenb. *tit. de inoffic. teſtam. num. 29.* intereſſe cenſent inter gradus ordinis deſcendentium, & gradus aſcendentium aut collateralium. Inter priores negant ſucceſſioni locum eſſe, eandem in poſterioribus adſtruunt.

Prior

Prior aſſertio, quæ etiam eſt noſtra, inde luculenter evincitur. Primò, quòd tot diſſertîs legum locîs dicatur, nepotem, quem pater exheredatus præcedit, non debere ab avo inſtitui, nec exheredari, *l. 6. princ. de injuſt. rupt. & irrit. teſt. l. 9. §. 2. ff. de lib. & poſt. hered. inſt.* & ùt Papinianus in *l. 2. princ. ff. ſi tab. teſt. null. extat.* ait, quòd heres ſcriptus, qui nepoti non obſtat jure inteſtati; id eſt, quo minùs is, ſcripto herede repudiante, atque ita teſtamentô deſtitutô, ab inteſtato ſuo avo exiſtat heres, *l. 7. ff. unde lib. l. 1. §. 8. ff. de ſuis & legit. §. 7. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. de fer.* obſtet tamen ei jure teſtati, ita ut tametſi nec exheredatis ſit nepos, & filius deliberante herede mortuus, is hereditatem excluſo nepote adire valeat.

Reſpondet ad hæc Vinnius, hos textus id tantùm in- 56
nuere, quòd nepos in caſu, quo eum filius præcedit, licèt exheredatus, ſui præteritione teſtamentum avi non rumpat; quippe hìc per exheredationem filii formæ & ſolennitati internæ, quæ jure civili ad teſtamentum ſuſtinendum requiritur, ſatisfactum. Item, quòd tum nepos ſcripto herede adeunte nequeat in locum ſui heredis ſuccedere ex *cap. II. legis Vellej.* quoniam mortis tempore eum filius præceſſit *l. 29. §. 13. ff. de lib. & poſth.* Nec ex eodem capite ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas admitti *l. 4. §. 1. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* attamen id non evinci, quò minùs nepos imeritò præteritus, filio agere non valente, ex edicto ſucceſſorio ad querelam admittatur, & teſtamentum hoc avi ſui ritè quidem ac validè, ſed contra officium pietatis avitæ conditum arguere, & querelâ reſcindere poſſit.

Verùm præcitatos textus ſeriò perpendenti facilè pate- 57
bit, Juris-Conſultis non de valore duntaxat teſtamenti, ſed de nepote cum effectu ab hereditate avi ſui arcendo, ſermonem atque mentem fuiſſe. Præſertim cùm & alibi cautum fuerit, in ſuis non dari ſucceſſionem *l. 1. §. 8. ff. de ſuis & legit.* Et apertiſſimè id teſtatur Juſtinianus in *l. 34. Cod. h. t.* (quod II. hujus Sententiæ liquidiſſimum atque ineluctabile argumentum eſt) quòd olim, ſi filius exheredatus, deliberante

herede, ante querelam præparatam deceſſerit, nepotem *omne adjutorium* dereliquerit, ſubjecta ratione, quia pater aliquod jus, cùm deceſſit, nepoti non dereliquit, nec is, cùm poſteà adita eſt ab extraneo hereditas, & ſupervixit avo pater ejus, ex Lege Velleja poſſit in locum patris ſui ſuccedere, omnia convenienter textibus *ſupra num. 55.* collocatis. Quod cùm inhumanum viſum eſſet Imperatori, ut querelâ excideret nepos, quam pater ejus, utpote hereditate nondum adita præparare non potuit *l. 8. §. 10. ff. h. t.* juſſit in tali ſpecie *eadem jura nepoti dari, quæ filius habebat:* atque ita querelam non præparatam, per quàm filius, ſi ei agere licuiſſet, paternam hereditatem potuiſſet conſequi, hoc uno in caſu ad nepotem transmitti, & niſi vel certa quantitas patri ejus, minor legitimâ, relicta ſit, quo caſu nepoti ad ſupplementum agendum ex *l. 31. Cod. h. t.* vel apertiſſimîs probationibûs heres oſtenderit, ingratum patrem nepotis circa teſtatorem extitiſſe, teſtamentô remotô, eum ab inteſtato vocari. Et ergo *hoc uno in caſu*, quo ob deliberationem heredis, & necdum adita hereditate querela præparari non potuit, ea videlicet, quam filius moturus erat, ad nepotem transmittitur, non nova ex perſona propria eidem datur. Perperàm ergo & inanî prorſus commentô dicitur, nepotem aliis in caſibus, quibûs nempe pater exheredatus ipſe vel judiciô victus eſt, vel actionem repudiavit, ex ſua perſona agere poſſe; nam ſi unquam nepos ex ſuo jure admitteretur, non indiguiſſet in propoſita facti ſpecie Imperatoris auxiliô, qui tamen ſatìs in *cit. text.* in verbis: *& hoc nonnulli in medium proponentes inhumanè reliquerunt: ſed nos, qui omnes ſubjectos noſtros & filios & nepotes habere exiſtimamus affectione paterna & imitatione, ſecundùm quod poſſibile eſt, omnium commodis proſpicientes jubemus &c. ut perfruatur noſtrô beneficiô, à vetuſtate neglectus, à noſtro autem vigore recreatus*, indicat, ſe nepoti veteribûs legibûs planè impedito viam ad avitam hereditatem ſternere voluiſſe. Et qui demum Imperator jactare potuiſſet, ſuam erga hujusmodi nepotem miſerationem, ac vetuſtatem inhumanitatis arguere, ſi jam tunc

ex

ex jure ac perſona ſua querelâ munitus, ad avi ſui hereditatem potuiſſet pertingere. Accedit, quòdin *cit. l. 34.* nepos ad querelam aliter non admittatur, quàm quatenùs ipſe filius eandem potuit cum effectu exercere, adeóque non juſtè exheredatus, non querelam repudians, aut quinquennio tacens *d. l. 34. in fin.* liquidiſſimô argumentô, nepotem ex filii tantùm jure transmiſsô, nunquam ex perſona propria, ſi mortis avitæ tempore eum pater præceſſit, queri poſſe. Præterea notum eſt, querelam fundari in jure ſucceſſionis *l. 6. §. 1. ff. h. t.* atqui nepos id nunquam habere poteſt, quoties eum filius præcedit *§. 2. Inſt. de exhered. lib. §. 2. Inſt. de hered. qual. & differ.* Quid quòd liberi, nepotibus auctі rarò ſuæ ingratitudinis pœnas darent, aut effectu ab hereditate patris ſui removeri poſſent, ſi quamipſi perſequi prohiberentur, eandem per manus nepotum, ſuo jure agentium conſequerentur: tralatitium quippe eſt, liberos olim vivîs parentibûs, exceptîs militiâ partîs, nihil proprii habuiſſe, ſed omnia patribus ſuis, quorum in poteſtate erant, acquiſiiſſe: dum primùm Conſtantinus Magnus in *l. 1. Cod. de bonis mater.* bona materna, dein pleniſſimè Juſtinianus demum in *l. 6. Cod. de bon. quæ lib.* omnia extra ſubſtantiam patris bona liberis adventitia à dominio parentum exemit, ſolo iis reſervato uſufructu vid. Heinec. *Antiquit. Roman. lib. 2. tit. 9. num. 1. & 2.* quæ cùm nobis planiſſima videantur, proximum eſt, ut

Ad objecta reliqua, & quidem ad I. reſpondeamus, ge- 58
neralitatem *l. pen. ff. h. t.* intra ſuos terminos coërcendam, & vel ad ſucceſſiones linearum *arg. d. l. 14.* vel ad eos gradus ejusdem ordinis reſtringendam eſſe, qui à ſe invicem jus dependens non habent, quos mox infrà indicabimus: ex quo enim ipſo fatente Vinn. ad *Inſt. lib. 3. tit. de legit. agnat. ſucceſſ. §. 7.* in ſuis heredibus edictum ſucceſſorium non obtinet *l. 1. §. 8. ff. de ſuis & legit.* & hereditas ſemel filio delata nepoti ùt ſuo heredi aut agnato ampliùs non deferatur *l. ult. C. unde lib.* conſequens eſt, ùt nec querela, quæ in ſucceſſionis ab inteſtato jure fundatur *l. 6. §. 1. ff. h. t.* à patre in filium transferri

valeat. Unde & illud, quod in *l. 1. §. 10. ff. de ſucceſſorio edicto* generaliùs ſcriptum eſt, ad ductum *§. 7. Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* ſcilicet ad reliquos, exceptîs deſcendentibûs, agnatos, cognatósque reſtringendum. Neque huic refragatur *l. 5. §. fin. ff. h. t. ſi tab. teſtam. null.* ubi filiô emancipatô bonorum poſſeſſionem non petente ita omnia nepotibus jura ſervantur, ac ſi filius ne quidem adfuiſſet : ſed enim omninò aliud eſt, bonorum poſſeſſionem non petere, quod in *d. l.* aſſeritur ; aliud eam repudiare. Hoc, non illud impedit transmiſſionem Stryck. *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſert. 1. cap. 2. §. 29.*

Ad II. ratio diſcriminis, inter ejusdem ordinis gradus, ad diverſas lineas, in eo perſpicua eſt, quòd nepos non aliter, quàm per repræſentationem patris ſui, ſeu ex jure à patre transmiſſo ſuccedat ; ſi igitur filius juſtè vel exheredatus vel aliàs à querela excluſus eſt, nihil juris valet ad nepotem transmittere. Econtrà pater à filio ſuo præteritus ad ejus hereditatem non venit ex capite aut repræſentatione nepotis, ſed jus ſuccedendi obtinet ex perſona propria, ſeparatum & independens à filio, ſed interim, quamdiu liberi agere poſſunt, velut in medio ſuſpenſum, quod proinde hîs recuſantibûs ad agendum fit efficax. Quod porro ex *l. 1. §. 5. ff. de conjung. cum emancip. liber.* profertur, exheredatum pro mortuo haberi, id ſimpliciter, ac ultra caſus, legibûs expreſſos, ſi intelligatur, manifeſtè id abſurdi ſequitur, nepotem ex hoc filio teſtamentum avi ex capite præteritionis rupturum contra apertos textus *n. ſſ.* recenſitos : procedit ergo illa multis decantata juris regula ſaltem pro ſucceſſionibus prætoriis, & quoties agitur de parte ab exheredato aliis ſuccedentibus facienda, ùt caſus eſt in *d. l. 1. §. 5.* cùm enim exheredati in totum à bonorum poſſeſſione arceantur, & omninò prætoris deſtituantur auxiliô, nec partem facere poſſunt, & ita effectu ſucceſſionis ſpectato pro mortuis habentur *arg. l. 1. in pr. & l. 10. §. 4. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.*

59 Ad III. mirari meritò ſubeat, qui adverſæ Patroni ſententiæ *d. l. 3. §. 5.* in ſubſidium vocare queant ? Lubet genuinam

nam ejus ſpeciem & ſententiam, quippe illis ignoratam, in medium proponere. Filius emancipatus adverſa patris voluntate turpem & ignominioſam mulierem, fac meretricem, duxerat, eo mortuo nepos ex illo conjugio natus ad bonor. poſſeſſionem admittitur, licèt in poteſtate avi nunquam fuerit; quia ex juſtis nuptiis, cùm ſit procreatus, avo ſuus heres eo caſu futurus erat, ſi filius emancipatus non fuiſſet: & quamvis emancipationem, & inde fluentem capitis diminutionem reſcindat bonorum poſſeſſio contra tabulas *l. 6. §. 1. ff. de bon. poſſeſſ.* non proinde tamen hoc caſu omnia eſſe ſtatuimus, atque ſi nunquam emancipatio interceſſiſſet, ne alioquin injuſtæ nuptiæ *pr. J. de nupt.* & injuſti efficiantur liberi *§. 12. Inſt. eod.* atque ita reſciſſio illa capitis diminutionis adimat potiùs, quàm tribuat jus ſucceſſionis, quæ tamen magìs, non quò minùs nepos admittatur, intervenit. Quòdſi is igitur nepos ab avo præteritus ſit, datur ei à Prætore bonorum poſſeſſio contra tabulas: avo enim imputatur, quòd eum non exheredaverit; potuit enim hoc caſu (olim videlicet *l. 33. §. 1. C. h. t.*) non ipſe filius tantùm, ſed & nepos, quamvìs omni quidem ipſe culpa careat, exheredari; nec quaſi inofficioſi teſtamenti querelam jure inſtituiſſet; quandoquidem Judex de inofficioſo cogniturus, non minùs perpendiſſet delictum à filio admiſſum, quàm nepotis merita, & vel ex hoc eum meritò exheredatum judicâſſet, quòd ex ignominioſa nuru, & ex matrimonio ad totius familiæ infamiam, dedecúsque pertinente procreatus fuerit, vid. Cujac. *l. 3. obſ. cap. 6.* Ex quibus nemo non videt, in fraudem legis committere illos, qui nuda verba *d. l. 3. §. 5.* ac ſuperficiem captantes, ſententiam ejus, quæ longè à caſu controverſo aliena eſt, circumveniunt *l. 29. ff. de ll.* Ad rationem porro ſubjectam reponimus, id infrequens non eſſe, ut aliquando ex delicto patris obliquè ac indirectè jacturam ejus ſentiant liberi, ſi, ùt in præſenti caſu, ex ſe jus nullum habeant, ſed id ſolùm dependenter à perſona patris conſequantur.

60 Ut nunc ad alterum veniamus distinctionis membrum, videlicet quòd querela de gradu in gradum ascendentis, & collateralis lineæ, puta à germanis in consanguineos transferatur, ratio unica, eáque negativa est, quòd hanc lineam incolentes, quemadmodum de personis diversi ordinis diximus, jus proprium habeant ab his, qui eos gradu vel ordine præcedunt, separatum ac independens, unde v.g. patre justè exheredato, vel querelam amittente avus ad eandem admittitur: non enim sicut à filiis in nepotes, ita à patre in avum jus transmittitur. Quò & facere videtur, quod in *l. pen. pr. ff. h. t.* generalibûs verbîs cautum est, sequentem admitti, si is, cui primæ sunt in querela partes, agere nolit, aut non possit, *ut fiat successioni locus.* Quòdsi cui hoc peregrinum, aut durius de ascendentibus assertum videatur, id faciliùs fortè in fratribus quis daturus est; licèt enim tam germani, quàm consanguinei ejusdem sint gradûs, inter eos tamen quoad successionem diversos ordines ipse constituit Justinianus *Nov. 118. cap. 3. his autem, Germanis scilicet non existentibus, in secundo ordine illos fratres.*

61 Controversiam hanc intricatior nunc excipit, & quæ sum̃orum Juris Consultorum ingenia fatigavit, quæstio, an in querela locus sit juri accrescendi? seu an pluribûs exheredatîs, unus alteri partem faciat, quo minùs is, qui agit, solidum ab herede scripto petere possit? In hac ancipiti, nec minus obscuris textuum involucris, quàm fluctuantium inter se DD. opinionibus vexatissima quæstione, ut vires quoque nostras periclitemur, ad eámque in meliori lumine collocandam operam demus, lubet eam per distinctas Conclusiones exponere, ac confusionis omnis declinandæ gratiâ allaborare, ut sua cuique legi ad hoc argumentum pertinenti genuina species, suis itidem locis, distinctísque articulis suæ leges constent. Præprimis autem ad usum hujus quæstionis, & ut jus accrescendi locum habere possit, termini habiles constituendi sunt. Ad quod duo requirimus. Primò, ut uterque habeat querelam seu jus, in quo fundatur querela, petendi hereditatem

tem ab inteſtato. *l.6. §.1. l.17. & 19. princ. ff. h.t.* jus enim accreſcendi tantùm inter coheredes aut ex lege ab inteſtato aut ex teſtamento venientes, id eſt, qui altero modo ab initio habent petitionem hereditatis, obtinet. Secundò, ut alter exheredatorum deficiat, vel quia querelam repudiat, vel quia ab ea quovis modo excluſus eſt: tum enim utì portio coheredis deficientis coheredi, ita querela alterius querelæ agentis accreſcit *l.17.* verb. *repudiantis animo. l.23. §.ult. ff. h.t.* hîsce præmiſſis.

Tres præcipui caſus à DD. diſtinguuntur, & quidem, ſi 62
quis, cùm duos haberet filios, utrumque exheredavit, referre cenſent, num uni vel utrique, vel neutri legitimam dederit? Si utrique, fruſtra de jure accreſcendi vel parte facienda tum quærimus; quoniam neuter inofficioſum teſtamentum dicere poteſt, ea auctus portione, quæ ad excludendam inofficioſi querelam ſufficit *l.8. §.6. & 8. ff. h.t.* ubi tamen probè notandum, quòd, ſi caſum hunc ad jus *Novell.115. cap.3.* accommodare velimus, uterque, vel in legitima inſtitutus, vel juſtè exheredatus ſit, neceſſe eſt: neque enim hoc jure qualicúmque ampliùs & ſingulari v.g. legati titulo, ut olim *d.l.8. §.6.* legitimam relinqui ſat eſt, ſed in ea liberos inſtitutos eſſe oportet, aliàs minimè ab inofficioſi querela removendos.

Si uni tantûm ex his legitima, puta quarta ſemiſſis, re- 63
licta ſit, is quidem, cui portio legitima data eſt, etiamſi alter, qui nihil accepit, querelam repudiet, vel alio quovis modo ab ea excluſus ſit, nec ex ratione Juris veteris querelam movere, nec ex nova Juſtiniani Conſtitutione ad ſupplementum agere, aut totius aſſis quartam ex eo petere poteſt, quaſi nunc ſoli ſibi filio quarta omnium bonorum deberetur, ſed nihilô plùs, quàm quartam ſemiſſis obtinet, jure accreſcendi hoc in caſu ob defectum conjunctionis penitus ceſſante *l.8. §.8. ff. h.t.* Cùm enim obſtante legitima hereditatem ab inteſtato vindicare nequeat per querelam, apparet, non poſſe ei, deficiente exheredato fratre, competere jus accre-

crescendi, nunquam obtinens, nisi inter conjunctos, & ad hereditatem sive legitimam sive testamentariam pariter vocatos. Sed & ille, cui nihil relictum, si querelâ agat, ob eandem, cessantis nempe conjunctionis adeóque juris accrescendi rationem, non totam hereditatem vindicare, sed dimidiam saltem, quæ sibi ab intestato obventura erat, ab herede scripto petere potest. *d. l. 8. §. 8. l. 19. princ. ff. h.t.* quia exheredatus legitimam habens portionem, per eam est excluſus à querela, adeóque à legitima, quam mediante querela consequimur, hereditate. Verùm neque ex sua persona is, qui experitur, altero à querela per legitimam remotô, jus ad integram hereditatem obtinet: querela enim fundatur in jure successionis ab intestato *l. 6. §. 1. l. 19. princ. verb. respondi, filia præterita id vindicare debet, quod intestata matre habitura esset, ff. h.t.* Itaque plus per eam ex propria persona seu jure nostro non-consequimur, quàm quod ab intestato nostrum futurum esset, neque ultra testamentum rescindere valemus, quàm quâ iniquitatem adversùs jus nostrum à lege datum continet, seu portionem aufert, nobis, non conditô testamentô, obventuram *l. 8. §. 8. verb. non totam hereditatem debeo, sed partem petere l. 17.* ibi: *& ideò universam hereditatem non rectè vindicâsset ff. h.t.* si enim injustè exheredatus, quamdiu queri potest, & jus suum agendi retinet, alteri agenti, usque adeò partem facit, ut is totum ex sua persona vindicare nequeat, faciet & partem ille, qui seu justè exheredatus, vel per legitimam à querela excluſus est, cujusque portio, eidem aliàs ab intestato obventura, heredi scripto tum rectè ac sinè ullius injuria à testatore adscripta est. Accedit, quòd duobûs solùm casibûs exheredatus, qui non queritur, alteri agenti partem non facere dicatur, nempe dum vel querelam repudiat, vel ab eodem-tempore excluſus est *d. l. 17. l. 23. in fin. ff. eod.* liquidô argumentô, eum partem facturum, qui, quod legitimam acceperit, jus querendi nunquam habuit: quamquam, cùm hodie sola legitima (ùt suprà notavimus) si ea titulô institutionis liberis aut parentibus relicta non sit, extra casum justæ exheredationis

nis querelam minimè excludat per *Nov. 115. cap. 3.* alter filiorum, qui queritur, non prohibeatur univerſam hereditatem petere, ſi alter iniquè exheredatus, ac legitimâ ſuâ contentus querelâ abſtineat, cùm hi pariter in querela conjuncti ſint, adeóque repudiantis alterius portio alteri accreſcat *d. l. 17. & 23. §. ult.*

Si neutri, qui tertius caſus eſt, legitima relicta fuerit, intereſſe cenſemus, num uterque juſtè, an iniquè, vel alter eorum duntaxat iniquè fuerit exheredatus? Primo caſu, utroque à querela remoto, fruſtra de parte facienda diſputatur. Secundo caſu, quamdiu uterque queri poteſt, ſinguli non totam hereditatem ex cauſa inofficioſi vindicare, ſed ſaltem pro rata & ea portione, quam quisque ab inteſtato habiturus eſſet, petere poſſunt, atque adeò uno querelam movente, alter interim partem facit *l. 8. §. 8. l. 17. princ. verſ. unde. l. 19. ff. h. t.* Quare ſi unus, antequam alter querelam repudiâſſet, defacto in ſolidum egerit, totámque caſu aliquo hereditatem obtinuerit; quia ſcriptus heres eum non repellebat, alteri etiam, qui nondum querelam amiſit, victoria prodeſt *arg. l. 6. §. 1. l. 17. verſ. alter quoque. l. 19. in princ. ac fin. ff. h. t.* hoc enim ipſo, quòd eidem pari jure ad inofficioſi accuſationem venire, ac legitimam hereditatem pro ſemiſſe petere liceat, uno in ſolidum teſtamentum ſubvertente, causáque inteſtati per querelam inductâ, is quoque ad ſucceſſionem ab inteſtato, dimidiámque hereditatis partem vocatur *dd. ll. arg. l. 25. §. ult. ff. h. t.* proderit namque actori victoria ſolùm contra ſcriptum heredem, non contra fratrem, qui non egit, neque tamen jus ſum agendi aut repudiavit, aut alio modo amiſit *arg. l. 63. in princ.* ibi: *nam ſcientibus nihil præjudicat ff. de Re judic. tot. tit. Cod. res inter alios geſta.* Cui conſequens eſt, ut ſi alter eorum querelam, quæ ipſi competebat, vel repudiandô, aut quinquennali ſilentiô, aut alio quovis modo amiſerit, tum excluſus ampliùs ex ſua perſona partem non inducat, ſed portio ejus alteri agenti ac obtinenti accreſcat *l. 23. §. ult. ff. h. t.* ut, qui ab initio tantùm poterat partem petere, nunc

 poſ-

possit totam vindicare hereditatem *l. 17. ff. h. t.* partim proprio jure, partim jure accrescendi, sicut futurum esset, si paterfamilias initiô intestatus decessisset *l. 9. ff. de suis & legit. hered.* is enim, qui querelam repudiat, legitimam repudiat hereditatem; alter contra, qui queritur, eandem retinere intelligitur, optimo igitur jure eidem portio deficientis accrescet.

65 Tertio casu, quo unum justè, alterum iniquè exheredatum ponimus, vel eum, qui querelâ egit, & non obtinuit, adeóque cùm utrique non fuit æquale jus ad querelam accedendi, locus quoque accrescendi juri non est, quod conjunctionem desiderat, quæ hìc inter fratres diversô modô exheredatos deficit: neque dici potest defecta justè exheredati portio, quæ planè nunquam ulla fuit, & ab eodem haud peti potuit. Justè igitur excluſus partem facit, quæ apud institutum manet; qui verò agit, nihilô plus, quàm suam ab intestato portionem jure petere potest *l. 8. §. 8. l. 17. princ. & 19. ff. h. t.* & argumento eorum, quæ suprà de exheredato, cui legitima relicta est, collocavimus. Quòd si tamen alter, qui testamentum inofficiosum dixit, nihilominùs totam petiêrit, & ab herede scripto, eum non repellente obtinuerit hereditatem, excluſi portionem non jure accrescendi, sed authoritate rei judicatæ consequitur, ac in ea tum contra scriptum heredem, tum contra exheredatum defenditur, quasi centumviri solùm filium, qui egit, in rebus humanis esse nunc, cùm toto testamento rescisso faceret patrem intestatum, crediderint *l. 16. pr. d. l. 17. in fin. pr. ff. h. t.* Lauterbach. *tract. de singulari fratrum jure §. 20. in fin. item colleg. Pand. h. t. §. 24.* Struv. *Synt. Jurispr. Exercit. 10. lib. 5. tit. 2. num. 27.*

66 Non pauci tamen cum Vinnio *select. quæst. lib. 1. cap. 21. in fin.* Titio *Jurispr. Roman. German. lib. 12. cap. 14.* quoad hoc posterius membrum dissentiunt, ac disparem casum esse volunt, cùm quis simpliciter, justè licèt, exheredatus sit, ab eo, quando alter ob id, quod legitimam accepit, nullum jus de inofficioso agendi & legitimam hereditatem petendi habet, ajentes, priorem, non posteriorem partem ei facturum, qui de inofficio-

ficioſo queritur. Quibus quoque adſtipulari videtur Ulpianus in *l. 10. §. 4. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* ubi ait: *liberos, qui contra tabulas habere non poſſunt, nec partem faciunt, ſi per alios committatur edictum; quo enim bonum eſt, eis favere, ut partem faciant, nihil habituris?* Exheredatus enim mortuo ſimilis reputatur *l. 1. §. 5. ff. de conjung. cum emancip. lib.* ut meritò huc dictum Pauli in *l. 17. in fin. pr. ff. h. t.* valeat, quaſi centumviri ſolùm filium, qui egit, in rebus humanis eſſe crediderint.

Verùm non capimus, cur ille, qui legitimâ eidem relictâ à querela excluſus eſt, magìs, quàm qui causâ ingratitudinis commiſsâ meritô ſuô exheredatus eſt, partem inducat. Quis enim alius legitimæ, quis ingratitudinis effectus, quàm ut illa, etiam filium immerentem à reliqua ſucceſſione, hæc etiam à legitima portione repellat, ac jacturam totius hereditatis inferat. Quodſi ergo, qui legitimam habet, ob id nullum agendi, & ex lege ab inteſtato hereditatem petendi jus obtinet, multò minùs is obtinebit, qui in patrem impius, lege ſuffragante, bonîs paternîs mulctari, atque penitùs à tota hereditate depelli commeruit: utroque in caſu teſtamentum inexpugnabile exiſtit, ſuóque vigore obſiſtit, ne tam uni, quàm alteri querela, & per eam jus hereditatem ab inteſtato vindicandi naſcatur. Dein ratio nulla probabilis reddi poteſt, cur delictum unius filii alteri prodeſſe, aut factum patris, alterum pro merito ſuo ab hereditate removentis, alteri eò proficere debeat, ut is majorem inde portionem, quam ex lege ab inteſtato fuiſſet laturus, per querelam conſequeretur, & quod heredi ſcripto citra ullius injuriam relictum eſt, auferret? Quòdſi præterea ex ipſa Vinnii Sententia juſtè exheredatus alteri usque adeò partem facit, ut hujus legitima non quarta aſſis, ſed ſemiſſis futura ſit *l. 8. §. 8. ff. h. tit.* nec minùs is querelam moventi obſtabit, ut ne is totam heredi- 67
tatem, ſed ſaltèm ejusdem ſemiſſem conſequatur, *arg. l. 76. princ. ff. de R. V.* quæ ratiocinatio Pauli eſt in *l. 8. §. 8. ff. h. t.* ibi: etſi dicam inofficioſum, non totam debeo, ſed dimidiam petere. Unde quod ſuprà ex *l. 1. §. 5. ff. de conjung. cum*

emancip. lib. traditum eſt, exheredatum pro mortuo haberi, & hinc partem eum non facere *l.10. §.4. ff. deBon.Poſſeſſ.contr. tab.* id manifeſtè nimium, nam & hoc probat, etiam injuſtè exheredatum partem petentibus non facere, quod & in bonorum poſſeſſione certum eſt *d.l.10. §.5.* Dein argumentum ductum à bonorum poſſeſſione contra tabulas non eſt temerè extra terminos ſuos ad querelam de inofficioſo trahendum. Specialis enim ratio eſt bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quæ unicè pro liberis à patre præteritis introducta eſt, cujus cùm nullo modo participes ſint exheredati, & perinde ab ea arceantur, quàm ſi non eſſent *l. 8. princ. ff. eod.* mirum haud eſt, eos quantum ad ſucceſſionem prætoriam, pro mortuis reputari, nec partem petentibus facere, ſolâ eis ſalvâ de inofficioſo querelâ *d. l. 10. §.5.* Interim ex ſupra dictis ſatis apparet, quò dictum Pauli in *l. 17. ff. h.t.* pertineat.

68 Atque ut hujus non adeò perſpicuæ legis ſenſus planior evadat, unáque hactenus dictis uberius lumen affundatur, è re viſum eſt, unam alterámve DD. ejus interpretationem ſubnectere. Struv. dict. *Exercit. §. 26. verſ. hic tamen.* duplicem eo textu caſum decidi aſſerit. Primum, cùm duobûs exheredatîs alter non egit repudiandi animo. Secundum, qui in *verſ. unde:* incipit, cùm adhuc utriqûe jus agendi ſalvum eſt, quo quidem caſu unus eorum univerſam hereditatem minùs rectè petens, ſi nihilominùs obtinuerit, utetur rei judicatæ authoritate contra ſcriptum hæredem, *quaſi centumviri &c.* alter verò admittetur ab inteſtato in dimidiam hereditatis partem. Proderit namque hìc victoria actori ſolùm contra ſcriptum heredem, non contra fratrem, qui cùm ab ipſa hereditate juſtè excluſus non eſt, neque querelam repudiavit, non poteſt non toto teſtamento reſciſſo portio ab inteſtato dimidia ei deferri: & tum demum in ſolidum obtinenti alter non concurrit, quando vel non egit repudiandi animo, vel non obtinuit, aut juſtè excluſus eſt *arg. l. 16. princ. ff. h.t.* Huber. ad *ff. h.t. num.9.* unum ſtatuit caſum, qui proponitur *in principio*, continuatur *in verſic. unde*, deciditur *in fine.* Si dicas:

alium

alium eſſe caſum in verbis, *ad ſucceſſionem ab inteſtato vocatur*, quod non convenit repudianti, qualis in principio. Reſp. in *verſ. unde.* proponi rationem dubitandi, quæ eſt hæc: *Filius, qui animo repudiandi non eſt queſtus*, id eſt, *teſtamentum patris ſubvertere noluit: non ideò tamen, teſtamento per alium reſciſſo videtur renuntiâſſe ſucceſſioni ab inteſtato*, ſed quia tamen alter ſolus habuit jus querelæ propter animum repudiandi in altero, hinc ſolus obtinuit per ſententiam, qua ſe tuetur adversùs alterum agentem petitione hereditatis. Tui jam arbitrii facimus, quam ex his explicationem eligas. Facetè ad *d. l. 17.* ſcripſit Raphael Fulgoſius: *Si benè non intellexiſtis textum, eum legetis ter & quater, & ſonabit vobis: ſic enim eſt mos Pauli, & ſi haberem eum in manibus, per capillos interrogarem: iſte maledictus Paulus ita obſcurè loquitur, ut vix poſſit intelligi.* Nobis, ni fallor, jamſat intellectus eſt.

Non poteſt à præcedenti, quam mox diſcuſſimus, affi- 69
nis altera, & non minùs ambiguæ deciſionis controverſia ſeparari, num ſi plures æquali ab inteſtato ſucceſſionis jure, non tamen omnes querelâ gaudentes exiſtant, unus verò eorum querelâ egerit, ac obtinuerit, reliquis quoque obtenta contra heredem ſcriptum victoria proſit, ut hi pariter cum actore ab inteſtato admittantur? Ubi una coherens priori ac præjudicialis quæſtio examinanda, an ille, qui in caſu plurium ab inteſtato concurrentium ſolus jus querelæ obtinet, ſolam duntaxat, quam ab inteſtato habiturus eſſet, portionem, num univerſam hereditatem vindicare valeat? Ubi ante omnia præmonemus, ad hoc, ut querelæ locus ſit, imprimis requiri, non modò, ut perſona ejus ſit capax, hoc eſt, talis, cui querela in theſi data ſit, ſed & ut juſta actionis cauſa exiſtat, ſcilicet excluſio iniqua à jure ſuccedendi: hinc nemini querela competit, niſi jus ſuccedendi ab inteſtato habeat; cùm non poſſit iniquè cenſeri excluſus ab hereditate, ad quam jus nullum obtinet, nec injuria ei facta, cujus jus nullum eſt. Sic filio, ſuperſtite patre, querela non datur, quia tunc jus ſuccedendi nullum habet, & filius emancipatus

exheredatus, cùm is aliud olim jus non habuerit, querelâ priùs non agit, quàm bonorum poſſeſſionem litis ordinandæ, ſeu jus ſuccedendi in eventum reſciſſi teſtamenti impetraverit *l. 6. §. fin. l. 7. princ. ff. h. t.* Hócce præmonitô,

70 Priusquam mentem noſtram aperiamus, juvabit pro dignitate ac momento rei varia DD. placita recenſere. Henric. Coccej. *diſp. 83. de diverſitate Reſcindentis & Reſciſſorii judicii ſect. 5. num. 2.* acerrimè, ait, torquet DD. inanis ille ſcrupulus, dum querelæ, & petitionis ordo adeò collidit. Nam I. Si honeſto herede ſcripto præteriti ſint parens & germani: ille ſolus querelam, utrique petitionem hereditatis habebunt ex *Nov. 118. cap. 2.* II. Si parens, & germanorum liberi, vel III. Si germani, & germanorum liberi præteriti, illis ſolis querela datur *l. 27. C. h. t.* utrisque petitio *Nov. 127. cap. 1.* IV. Si germani, & conſanguinei, utrisque querela datur *l. 27.* illis ſolis petitio *Nov. 118. cap. 3.* ſi conſanguinei & uterini, illis ſolis querela *d. l. 27.* utrisque petitio *d. cap. 3.* ſi conſanguinei & germanorum filii, illis ſolis querela *l. 1. ff. h. t.* his ſolis petitio *d. cap. 3.* At verò, ùt *num. 5.* proſequitur, nullum jus planiùs, atque evidentiùs conſtare exiſtimat, ſi, ùt eum ſub ingreſſum hujus capitis magno argumentorum molimine conantem vidimus, actio querelæ à petitione hereditatis, ejúsque officio ritè diſtinguatur. Effectus querelæ juxta eum non eſt alius, quàm ut teſtamentum ſimpliciter reſcindatur, ídque fieri tantùm poteſt à liberis, parentibus, ac fratribus tum germanis, tum conſanguineis *§. 1. & 2. Inſt. l. 27. cod. h. t.* At verò teſtamentô per eam reſciſsô, & ſic causâ inteſtati factâ, per *l. 6. §. 1. ff. h. t.* via panditur petitioni hereditatis, in qua concurrunt omnes, qui ab inteſtato ex *Nov. 118.* ſuccedendi jus habent; adeóque & fratrum germanorum liberi, uterini &c. Atque hinc fieri poteſt, ut aliquis ſolus obtineat in querela, & tamen vel nihil, vel partem ſaltem hereditatis conſequatur. Itaque in ſpecie prima & ſecunda ſoli parenti querela datur; at in petitione cum eo concurrunt germani, & germanorum liberi *Nov. 118. cap. 2. & 3. Nov. 127.*

cap.

cap. 1. In tertia ſolis germanis querela competit, horum liberis quoque petitio *d. cap. 3.* In quarta ſolis germanis querela & petitio ; quoniam in eorum concurſu conſanguinei fratres nullum jus ſuccedendi obtinent. In quinta ſoli conſanguinei querelam *l. 27. cod. h. t.* at uterini etiam petitionem habent *d. cap. 3.* In ſexta neutris vel querela, vel petitio : nec enim conſanguinei in caſu, quo alii in ſucceſſione ab inteſtato potiores ſunt, querelâ gaudent, nec germanorum filii *l. 1. ff. & l. 27. cod. h. t.* Quòdſi tamen conſanguinei egerint, ac herede eos non repellente obtinuerint, hi ſoli ab inteſtato hereditatem occupabunt per *l. 6. §. 1. ff. h. t.*

Bachov. *ad Treut. vol. 1. diſp. 13. theſ. 4. lit. D.* Vinn. ad *§. 1. Inſt. h. t.* *Lauterbach. Colleg. Pandect. tit. de inoffic. teſtam. §. 20.* 71

Hactenùs à Cocceii ſententia divertentes, quòd unam eandémque querelæ cum petitione hereditatis actionem faciant, nihilominùs tamen cum eodem ſtatuunt, victoriam unius per querelam obtinentis, aliis æquale jus ab inteſtato habentibus, ſaltem indirectè & eatenùs prodeſſe, quatenus reſciſsô per priorem teſtamentô, causáque inteſtati factâ, reliquis quoque petitio hereditatis, non attento querelæ ordine, ex lege ad ductum *Nov. 118. cap. 1. 2. & 3.* defertur. Argumenta eorum ſunt ſequentia. Primò, ùt jam ſuprà retulimus, quòd *Nov. 118.* omnes ab inteſtato ſucceſſiones decidat, nec eos tantùm caſus, quibus ab initio quis inteſtatus moritur, ſed etiam quibus poſteà teſtamentum rumpitur, aut irritum fit, adeóque etiam, ubi per querelam inofficioſi reſcinditur: nihil enim intereſt, ſi rem ſpectemus, utrum paterfamilias ad initio ſit inteſtatus, an deinde talis fiat; niſi quòd priore caſu ſuccedat proximus tempore mortis, poſteriore verò proximus tempore, quo certum eſt, neminem ex teſtamento fore heredem *§. 6. Inſt. de legit. agna. ſucceſſ.* Et ſi quid ad præſentem hypotheſin referret, inteſtatus quis ab initio, an cum teſtamento valido, ſed poſteà per querelam everſo deceſſerit, id ſequeretur, etiam, ubi per deſtitutionem heredis vel agnationem teſtamentum irritatur, vel rumpitur, ab inteſta-

teſtato, ùt aliàs, non ſuccedi. Secundò, ſi quis, qui ab inteſtato ad ſucceſſionem non admittitur, de inofficioſo egerit, & obtinuerit, non ei prodeſt victoria; ſed his, qui habent ab inteſtato ſucceſſionem; quia, ùt ait JCtus in *l. 6. §. 1. ff. h. tit. inteſtatum patremfamilias effecit*; ergo & ſi quis eorum, qui cum illo æquali ab inteſtato ſucceſſionis jure potiuntur, totum per querelam teſtamentum everterit, victoria ejus reliquis quoque prodeſſe, híque in conſortium ſucceſſionis pro partibus, quas ab inteſtato obtinent, admitti debent. Tertiò, quòd æquum haud ſit, ut quis reſciſſo per querelam teſtamento plus conſequatur, quàm eô non conditô ab inteſtato habiturus fuiſſet; atqui hoc caſu pater v. g. in concurſu fratris germani, vel ejusdem liberorum in virilem ſaltem portionem fuiſſet admiſſus, ergo. Cujus ulteriorem Bachov. *cit. loc.* rationem reddit, quòd cùm per querelam quis contra voluntatem defuncti, & teſtamentum directò veniat, abſurdum fuerit, teſtamentum defuncti ad excludendos alios eidem prodeſſe; cùm, ſi teſtator hoc cogitâſſet, potiùs inteſtatus proculdubio decedere maluiſſet.

72 Neque putat Bachovius, quidquam obſtare, quod hodie poſt *Nov. 115. cap. 3.* teſtamentum non ampliùs in totum reſcindatur, ſed ſaltem quatenus ad heredis inſtitutionem attinet, legatis & fideicommiſſis in ſalvo manentibus, ut non videatur planè ab inteſtato deceſſiſſe defunctus. Item ſecundò, quòd factum unius, jus ſolùm agendi habentis, aliis agere non valentibus, prodeſſe non debeat, nec beneficium ſingulari jure quibusdam perſonis conceſſum extendi ultra mentem legis in ejus fraudem. Nam contra primum eſt, vel quòd legata hìc non ſuſtineantur vî teſtamenti, quod reſciſſum eſt, ſed ſola poteſtate legis, vel, quia etiam ab inteſtato legata deberi poſſunt. Contra ſecundum eſt, victoriam hìc unius aliis non prodeſſe per ſe & directè, ſed ſaltem ex accidenti, dum res ad cauſam inteſtati reducitur, atque ita officio legis, hereditatem remotô teſtamentô ab inteſtato deferentis, via panditur; cùm aliàs quoque novum non ſit, ut

ali-

aliquis propter tertium beneficii fiat particeps, quod proprio jure & ex ſua perſona non haberet *l. 10. §. fin. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.*

Struvius *Exercit. 10. lib. 5. tit. 2. num. 23.* Huber. *Prælect. ad* 73
Pandect. tit. de inoffic. teſtam. num. 10. & apud eum Thomaſius *in ſcholiis.* contendunt in caſu propoſito, ubi querelâ agens non haberet univerſum ab inteſtato hereditatem, ſed tantùm partem, nihilô etiam plus reſciſsô per querelam teſtamentô conſecuturum: unde v. g. pater, qui inofficioſum dixit teſtamentum filii, relinquentis præter patrem ſex fratres, qui ipſi querelâ agere non potuerunt, quia inſtitutus heres non turpis, non totam obtinebit hereditatem, ſed ſecundùm *Nov. 118. cap. 1.* ſeptimam partem. Neque tamen hæc teſtamenti reſciſſio aliis, quibus querela non competit, prodeſt, ſed reliqua hereditas penès ſcriptum heredem manebit, quod in querela inofficioſi inſolens non eſt, ut teſtator ex poſtfacto partim teſtatus, partim inteſtatus efficiatur *l. 15. §. ult. l. 24. l. 25. §. ult. ff. h. t.*

Hoc ego poſterius Sententiæ membrum ita capio, quòd, 74
qui querelâ expertus eſt, non totum teſtamentum reſcindi, nec adeò univerſam hereditatem ſibi reſtitui, ſed portionem duntaxat ſibi, aliàs ab inteſtato obventuram, petiêrit; nam ſi priùs egiſſet, atque etiam per ſententiam, ſcripto herede eum non repellente, obtinuiſſet, non poteſt id, quod ſupra portionem ſuam legitimam eidem adjudicatum eſt, penès ſcriptum heredem manere, vel ad eum recidere, ſed neceſſariò vel aliis, par cum victore ab inteſtato jus habentibus prodeſſe *l. 6. §. 1. ff. h. t.* vel ob rei judicatæ authoritatem penes victorem conſiſtere oporteret. *arg. l. 17. in fin. princ. ff. h. t. arg. l. 25. §. fin. ff. eodem.* Quòdſi autem teſtamentum pro parte inofficioſum dixerit, ſuáſque ab inteſtato portionem conſecutus ſit, jam ſupervacaneum erit cum prælaudatis Authoribus quærere, ac operosè diſceptare, num victoria ejusdem aliis proficere, híque ab inteſtato concurrere valeant? cùm perſpicuum ſit, quòdſi adhuc teſtamentum pro parte ſubſiſtat,

cauſam inteſtati reſpectu aliorum non agentium haud inducci, nec eos ad partem actoris admitti *l. 16. princ. ff. h.t.* tametſi ut caſus eſt *l. 25. §. fin. ff. eod.* actor nullum ſuccedendi, aut inferius aliîs teſtamentô exclusîs jus habuiſſet.

75 Hoc igitur poſteriorî Sententiæ membrô, vel liquidiùs explicato, vel in melius reformato motiva prioris audiamus. I. Exheredatus per querelam amolitur à ſe duntaxat injuriam, quæ ei per privationem illius, quod ab inteſtato ad ipſum pertinet, illata eſt; atqui in caſu plurium ab inteſtato æquo jure concurrentium is univerſam hereditatem non obtineret; ergo nec mediante querela, quæ eò ſolùm introducta eſt, ut defuncti hereditas ad caſum inteſtati reducatur *d. l. 6. §. 1.* II. Querela inofficioſi modus eſt non lucri captandi, ſed damni evitandi, lucrum verò captaret exheredatus, ſi plus conſequeretur hac actione, quàm conſecutus fuiſſet ab inteſtato. III. Querela fundatur in jure ſuccedendi ab inteſtato; ergo eatenùs tantùm competit, quatenùs quis ab inteſtato ſuccedit per luculentos textus in *l. 8. §. 8. l. 17. & 19. ff. h.t.* ubi perpetuò inculcatur, id ſolùm vindicandum eſſe, quod inteſtatô defunctô quis fuiſſet habiturus. Ad hæc IV. Si pater v. g. exheredatus univerſam hereditatem vindicare poſſet, id foret, quòd portiones germanorum agere non valentium, eidem accreſcerent, atqui accreſcendi jus hìc nullum eſſe poteſt, ubi nulla eſt conjunctio: neque enim fratres defuncti, quibus turpis perſona non eſt prælata, ullum jus querendi obtinent, ſed citra injuriam perpetuò à jure ſuccedendi per teſtamentum ſunt remoti: conſequenter nec patri in querela conjuncti eſſe poſſunt.

76 Neque turbat, ſi dicas, quòd ex injuria, quæ patri per exheredationem illata eſt, non debeat commodum heres ſcriptus accipere, maximè, cùm in *Nov. 115. cap. 4. in fin.* ſtatuatur, omnem heredis inſtitutionem per querelam everti. Nam reſponderi poteſt, heredem ex injuria alterius commodum non reportare, ſed ideò partem reliquam retinere, quòd in ea reſpectu exheredati nulla ſubſit injuria. Unde quod in *Nov.*

di-

dicitur, omnem inſtitutionem evacuari, cum moderamine capiendum, quatenùs injurioſa & inofficioſa eſt, ſcilicet ubi is, qui queritur, ſolus ab inteſtato univerſum ſuccedendi jus habet, aliàs contrarium clarè deciſum extat in *l. 8. §. 8. l. 17. & 19. ff. h. t.*

Quibûs ita poſitîs utì ex ſententia hactenùs propugnata 77
ad ſpecies ſuprà *num. 70.* collocatas prona eſt reſolutio, ita non vanè quis dubitet, quid principiis ſententiæ hujus inhærendo ſtatuendum ſit in caſu, quo frater conſanguineus & germanorum liberi concurrunt? Struvius *cit. loc.* ſuſtinet hoc in caſu conſanguineum germanorum filiis præferendum eſſe, eò quòd hi per teſtamentum in ſe validum, & quod ipſi impugnare nequeunt, ſint excluſi. Sed quærere ex doctiſſimo Viro fas ſit, num hic conſanguineus frater germanorum liberos ſic excludat, ut is portionem ſaltem, ſemiſſem fortè aut virilem partem, num univerſam obtineat hereditatem? Si prius affirmetur, id ex eo provenire neceſſe eſt, quòd is nihilô plus ab inteſtato fuiſſet conſecuturus, quod falſum; nam huic ab inteſtato præferuntur germanorum liberi *Nov. 118. cap. 3.* Si poſterius: quì fieri poteſt, ut pater e.g. cum fratribus defuncti germanis, aut etiam conſanguineus cum uterinis concurrens, virilem ſolùm partem petere poſſit? Si hi ob æquale jus ab inteſtato ſuccedendi usque adeò querelâ agenti patri vel fratri conſanguineo partem faciunt, ut propterea hic non integram hereditatem conſequatur, quì poterit conſanguineus, quô germanorum liberi in ſucceſſione potiores ſunt, totam vindicare? Querela, ùt ſæpiùs inculcavimus, in ſucceſſione fundatur legitima *l. 6. §. 1. ff. h. t.* quæ tum, ubi defuncto germanorum liberi exiſtunt, nulla eſt conſanguinei. Unde adversùs hanc & ſuperiorem Bachov. & Lauterbachii ſententiam rectè advertit Gottlieb Titius in *Jur. priv. Roman. german. lib. 7. cap. 14. §. 10.* Si conſanguineus agat, ac fratris germani liberis victoria proſit, tunc hi ſoli habebunt hereditatem: ſi non proſit, ſed horum pars penès heredem ſcriptum maneat, tunc hic retinebit totam hereditatem. Ergo jus acto-

ris non aliò profuerit, quàm ut in aliorum utilitatem operam & ſumptus fruſtra inſumat. Quibûs ita in anteceſſum diſputatis

78 Dico. Si qui ſolus inter plures ab inteſtato concurrentes querelâ potitur, teſtamentum reſciderit, totam aufert hereditatem, nec ulla ejus pars penès ſcriptum heredem extraneum manet, nec victoria ejus cæteris prodeſt querelâ agere non valentibus. Eſt hæc ſententia Voëtii ad *Pandect. tit. de inoff. teſtam. num. 11.* Huber. Nood. ad *Pand. dict. tit.* Gottl. Titii *cit. loc.* Clariſſ. ac Colendiſſ. D. Collegæ D. Peregrini *h.t.* Veritas prioris membri ex eo I. colligitur, quòd, dum unus duntaxat adeſt, qui querelam movere poteſt, oportet ei ſoli per exheredationem injuriam illatam eſſe; is igitur ſolus jus petendi habet, ut teſtamentum totáque heredis inſtitutio reſcindatur, ſibíque ab inteſtato deferatur hereditas; cæteri enim, qui agere nequeunt, nullum jus hereditatis legitimæ reliquum habent: licèt enim aliàs nullo condito teſtamento vel eo rupto aut irrito, cum actore ab inteſtato ſuccederent, attamen, cùm ipſis per teſtamentum, quod ipſi proprio jure evertere nequeunt, omnis ſuccedendi via præcluſa ſit, híque in perpetuum ab hereditate teſtatoris remoti, neque agenti partes facere, neque, ùt infrà demonſtrabimus, victori, concurrere poſſunt.

79 Idque liquidiùs ex eo II. patet, quòd illi ſaltem dicantur querelâ inofficioſi agentibus partes facere, qui ipſi vel facto jus querendi habent *l. 8. §. 8. l. 17. & 24. in fin. ff. b.t.* aut ſaltem ejus capaces exiſtunt, non injuſtè tamen ſunt ab eodem excluſi; tales dici nequeunt, qui, licèt ſimplicem ab inteſtato ſuccedendi ſpem habeant, impunè tamen teſtamentô prætervehuntur, in quos utì nec exheredationis appellatio (argumentô ejus, quod in *l. pen. §. 1. Cod. de adopt.* de filio ab extraneo adoptato ſcriptum eſt) adeóque nec injuria cadere, ita nec de illis querelæ excluſio, quoniam ejus perpetuò incapaces exiſtunt, prædicari poteſt; cùm ſicut omnis privatio habitum, ita excluſio actionis eam aliquando competiiſſe ſuppo-

ponat Barboſ. in *verb. privatio §. 9.* Nil ergo hi obſtare poterunt de inofficioſo agenti, quò minùs is totum petere, totámque evincere queat hereditatem : hic enim querelæ effectus eſt ordinarius *d. Nov. 115. cap. 3.* Si tu caſum hunc à regula exceptum velis, textum profer, aut rationem peremptoriam excipiendi *arg. l. 5. ff. de probat.* Quò III. apprimè facit *l. 10. §. 4. & 5. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* ubi, quemadmodum liberi, qui contra tabulas habere non poſſunt, nec partem faciunt, ſi per alios committatur edictum, ita nec partem facere poſſunt hi, qui quantum ad querelam attinet, pro mortuis, ac perpetuò excluſis habentur. Ad hæc IV. Si heres ſcriptus portiones, quæ aliis ab inteſtato obtingerent, retinere poſſet, id foret vel ex jure proprio, vel ex perſona eorum, qui agere nequeunt. Non primum, cùm is in teſtamento ratione actoris inofficioſo, ac ex regula juris civilis in *§. 5. Inſt. de hered. inſtituend.* (cui in dubio omninò inhærendum) indiviſibili ſit inſtitutus. Quidquod inde ſequi neceſſum foret, in caſu, quo duo iniquè exheredati ſunt, atque unus eorum non agere conſtituat, aut tempore excludatur, amittentem alteri agenti partem facere, nec ejus portionem agenti accreſcere, contrà *l. 17. & 24. in fin. ff. h. t.* quoniam non agentis pars heredi validè ſcripto à teſtatore aſſignata eſt, quæ, ſi non avellatur per querelam ab eo, qui hactenùs injuriam paſſus eſt, atque ob id querendi jus habuit, non poterit ab altero peti, qui ſuam ab inteſtato portionem per querelam obtinuit, nec adeò de injuria queri poteſt, quòd deficientis portio penès ſcriptum heredem remaneat. Sed neque ſecundum : hi enim hoc ipſo, quòd querelâ penitùs à legibus deſtituantur, atque in perpetuum teſtamentô, quod viribûs ſuis expugnare nequeunt, à ſpe ſucceſſionis ab inteſtato deferendæ removeantur, nullum unquam jus ad hereditatem defuncti conſecuti ſunt, quod heredi ſcripto poſſit proficere, vel ejus jus ex teſtamento quæſitum adversùs querelam alterius conſolidare.

80 Neque dicas, noſtrîsmet nos dictîs feriri, dum juſtè exheredatum alteri agenti usque adeò partem facere, antè diximus, ut hic propterea non integram ab herede ſcripto hereditatem, ſed ſuam ſaltem ab inteſtato portionem vindicare valeat, altero ſemiſſe penès heredem ſcriptum remanente. Prona enim diſcriminis ratio eſt, quòd in caſu priori juſtè exheredatus querelæ capax ſit, tametſi eandem cum effectu, obſtante ingratitudine, exercere nequeat, ut proin is propter ſuum qualecunque agendi jus pro eo habeatur, quaſi portionem ſuam accepiſſet, quæ tamen ei juſtè adempta, heredíque ſcripto, in exheredati locum ſubſtituto relicta eſt. At verò in ſpecie noſtra uterini, germanorúmque liberi querelæ omninò incapaces ſunt, de quibus adeò dici nequit, quòd quæſitum eis jus ademptum, atque in alium teſtamentô ſcriptum heredem translatum ſit: cùm hi nullum omninò hereditatis petendæ jus unquam obtinuerint, nec aliter id à legibus, quàm ſub conditione, id eſt, in defectum teſtationis conſequantur, ut adeò agenti impedimento eſſe nequeant, quin is, dum jam ſolus querendi teſtamentum, petendíque hereditatem jus habet, totum evertere, totámque hereditatem vindicare valeat.

81 Proximum jam eſt, ut in contrarium *n. 75.* obductis reſpondeamus. Ad primum retorquerî poteſt inſtantia à duobus filiis exheredatis, quorum, ſi unus querelam amittat, alter totam evincit hereditatem *l. 17. & 24. in fin. ff. h. t.* Dein argumentum hoc in regula procedere, ultrò largimur, verùm pro ea hypotheſi, qua pluribus exheredatis idem querendi jus, ſive dein cum effectu, ſive ſinè effectu competit, quod in noſtro caſu ſecùs eſt, quo unus ſaltem ſupponitur jure querendi, & hereditatem ab inteſtato petendi inſtructus, cum quo adeò nemo concurrit, qui petenti partem faciat, nemo impedit, quo minùs is totum teſtamentum, aliàs ex regula juris civilis in *§. 5. Inſt. de hered. inſtituend.* indiviſibile, ùt inofficioſum impugnare poſſit *Nov. 115. cap. 4. in fin.* Argumento nobis ſit caſus, quo conſanguineus cum germanorum libe-

beris concurrit, ille ſolus querelâ potitur, atque ex ipſa Struvii ſententia hereditatem aufert germanorum liberis, utpote teſtamento in ſe valido, & quod ipſi impugnare nequeunt, perpetuò excluſis, tametſi hi, ſi hereditas ſimpliciter ab inteſtato fuiſſet delata, conſanguineum penitùs ſubmoviſſent. Si ergo hoc in caſu querelâ agens etiam his, qui ab inteſtato potiores ſunt, totam eripit hereditatem, cur eandem nequeat vindicare in concurſu aliorum, jus non potius, ſed æquale habentium? alius diſparitatem reddat, ego non invenio. Ad ſecundum eadem à duobus exheredatis filiis valebit retorſio, ídque argumentum ad eum ſaltem caſum pertinet, quo pluribus idem querelæ jus, legitimæque hereditatis petendæ conceſſum eſt, non quo unus duntaxat ejus habet facultatem. Unde lucrum, quod evicta integra hereditate videri quis poteſt per querelam capere, merè per accidens eſt, ſcilicet, ſi caſum everſi per querelam teſtamenti conferamus cum caſu, quo quis ſimpliciter ab inteſtato deceſſiſſet, quoque tum is, qui ſolus per querelam hereditatem obtinuit, ſaltem in ejus aliquam portionem à lege fuiſſet admiſſus. Neque vacat æquitate, ut, qui exheredationis injuriâ affectus eſt, cuíque per moleſtas litis ambages ad ſucceſſionem contendere neceſſe eſt, plus ferat, quàm ſi nullo interjecto impedimento immediatè in bona defuncti cum aliis æquale jus ab inteſtato habentibus ſucceſſiſſet.

Tertium itidem argumentum vim ſuam habet pro caſu, 82
quo non uni, ſed pluribus jus unà de inofficioſo querendi eſt: verùm poſtquam hodie alius querelæ, alius petitionis ab inteſtato per *Nov. 118.* ordo invaluit, nec omnes, qui per *dict. Nov.* prærogativâ ſucceſſionis æquati ſunt, eodem pariter querendi teſtamentum jure fruuntur, nihil aliud, quam utdicamus, ſupereſt, querelam quidem hodiedum fundari in jure ſucceſſionis legitimæ, non quale ſimpliciter hodie per *Nov. 118.* introductum eſt, quæ ſaltem ordinem ſucceſſionis ſimplicis ab inteſtato moderatur, ſed quale inſuper ex legibus anterioribus, quæ hactenùs abrogatæ non ſunt, jus querendi

evertendíque teſtamentum adjunctum habet. Vel ſi mavis, dicere nihil prohibet, querelam fundari in jure ſucceſſionis legitimæ, quæ hodie per *Nov.* ordinata eſt, vel proximo vel remoto; at non perpetuò requiri, ut id ſit proximum, utì vel ipſa inductione conſanguinei, qui poſt germanorum liberos ad ſucceſſionem admittitur, illis autem in querela, & jure potiundæ contra teſtamentum hereditatis præfertur, manifeſtè, vel ipſis adverſariis confitentibus oſtenditur. Ad quartum reponimus, agentem non ex jure accreſcendi, ſed ex eo totam perſequi hereditatem, quia ſtante teſtamenti causâ ſolus is exiſtit, qui querendi, & per id hereditatem ab inteſtato petendi jus habet; quemadmodum qui ex pluribus liberis prædefunctis, æqualem ab inteſtato ſpem ſucceſſionis habentibus, ſuperſtes unus in univerſam parentis ſui hereditatem conſequitur. Hactenus diſputatîs conſequens eſt, ut ſi exheredato v.g. parente non extraneus aliquis, ſed is heres inſtitutus ſit, qui parî cum illo ab inteſtato ſucceſſionis prærogativâ gaudeat, velut frater germanus, tum pater de inofficioſo querens non totam hereditatem, ſed eam portionem, quam cum inſtituto aliàs ab inteſtato laturus eſſet, petere debeat *arg. l. 15. in fin. l. 19. & l. 24. ff. h. t.* quoniam jus inſtituti ex teſtamento quæſitum, & inſuper legibus, hereditatem ab inteſtato deferentibus, confirmatum ſaltem ad excipiendum efficax eſt, juxta illud, quòd faciliùs jura dent exceptionem, quàm actionem *l. 4. in fin. & l. 12. ff. de Except. dol. mal.* & ſæpè prohibitus petere, non prohibetur retinere & excipere. Barboſ. cum ibidem allegatis in verb. *Exceptio. §. 32.*

83 Hæ noſtræ circa primum ſententiæ membrum cogitationes ſunt, quibus in illa veteris ac novelli juris varietate, nec non tanta Interpretum, ac opinionum colliſione omnium facillimè eluctari nos poſſe credebamus; quamquam non immeritò quis Imperatori Juſtiniano cum Bachovio querelam moveat, dum *in §. non autem. n. 2. Inſt. de inoffic. teſtam.* ego, ait, in his rationem non invenio, & ſæpè repeto, videri Imperatores

tores recentiores non adeò multùm attenta ratione Juris, nec conſideratis his, quæ ex novis legibus abſurda ſequebantur, jus vetus, & rationem ejus planè conturbâſſe. Idem conqueritur Vinnius ad *d. §. num. 3.* ego inquit, non dubito, quin à Principibus poſterioribus id conſtitutum ſit, non animadvertentibus, quæ inde conſecutura ſit veteris juris perturbatio. Pariter quoque Thomaſius *in Scholiis* ad Huberum *lib. 5. ff. tit. de inoff. teſtam.* fatetur, quæſtionem hanc facilè in utramque partem diſputari poſſe, ut, quamcunque ſententiam arripias, premat irregularitas quæpiam ex parte adverſa. Sed nos, qui ad extricandam hanc difficultatem ſymbolam noſtram contulimus, nunc ad alterum ſententiæ membrum progredimur.

Aſſertum nempe ſuperiori concluſione, victoriam que- 84
relâ agentis non prodeſſe aliis, par cum agente jus ab inteſtato ſucceſſionis habentibus, quod nunc probamus I. Cui ſoli datur actio petitióque, huic quoque ſoli prodeſſe debet victoria; parenti autem conſtat ſoli dari querelam, non fratri, ſi turpis heres inſtitutus non ſit, vel ſaltem hoc caſu fratri germano aut conſanguineo, non uterino aut fratrum liberis; ergo ad hos fructus victoriæ pertinere non poteſt: abſonum quippe foret dicere, ut qui jus agendi non habet, effectu actionis potiatur; cùm res inter alios acta & judicata aliis nec prodeſſe, nec nocere poſſit *l. 63. ff. de re jud. & tot. tit. Cod. inter alios acta &c.* Præſertim II. quòd his ſpes omnis ſinè remedio præciſa, & ſucceſſio ab inteſtato, quantùm ad ipſos, per teſtamentum jure factum perpetuò extincta ſit, quam nullo conſilio recuperare poſſunt. Dein III. ùt argumentatur Huberus ad *ff. tit. de inoff. teſt. num. 9.* reſtitutio hereditatis nihil aliud eſt, quàm executio ſententiæ, qua hereditas querenti fuit addicta; executio non poteſt latiùs extendi, quàm ſententia ipſa pateat; ergo. IV. per *l. 10. §. 5. ff. de bon. poſſeſſ. contr. tab.* ubi quemadmodum exheredati, quoniam jure prætorio pro mortuis ac perpetuò excluſis habentur *l. 8. princ. ff. eod.* edictum non committunt, adeóque nec commiſsô per alios

edictô cum illis ad bonorum poſſeſſionem admittuntur, ſed una eis querela datur, ſi de inofficioſo dicere velint, ita pariter, quibus omne per teſtamentum ſuccedendi jus amputatum eſt, omníque id reſcindendi remediô deſtituuntur, ad commodum inſtitutæ per alios inofficioſi querelæ minimè ſunt admittendi. V. Quòd admiſsâ ſententiâ contrariâ eveniret, ut melioris conditionis futuri eſſent, quibus denegata, quàm quibus data querela eſt, dum v.g. parentes ſoli incertum ſubirent lites ac ſumptuum de inofficioſo periculum, vincentes autem partum ſuo labore compendium defuncti etiam fratribus, fratrúmque filiis communicare tenerentur. Præterea ſequi neceſſum foret, ut quibus denegarunt leges querelæ facultatem, his tamen omnis motæ per alterum querelæ utilitas ac effectus quæreretur, atque ita tribueretur aliâ viâ, quod unâ manifeſtè eis ademptum, in legis inofficioſi actionem denegantis fraudem, & contra ratiocinium JCti *in l.38.* ibi : *ne, qui ſuo nomine à bonorum poſſeſſione ſubmoventur, per alios eam conſequantur ff. de bon. libert.*

85 Denique in hanc Sententiam nos præcipuè impulit, quòd in eadem caſus fratris conſanguinei cum liberis germanorum concurrentis omnium planiſſimè reſolvi, & difficultates, quêis ſententia contraria ineluctabiliter premitur, declinari queant. Utì enim Struvius, qui jus querelæ præcisè fundat in ordine ſucceſſionis, quæ per *Nov. 118.* ſtabilia eſt, aſſertum ſuum, quod & nos adoptamus, non façilè ex principiis ſuis tueri poteſt, ita durum & iniquum penè videtur, cum Coccejo fratri conſanguineo ob deficiens jus ab inteſtato ſuccedendi in coexiſtentia liberorum germani fratris querelam abruptè denegare : ſi enim ipſis germanis fratribus querelâ uti non volentibus, aut non valentibus agere ex edicto ſucceſſorio juxta veriorem à nobis ſuprà propugnatam ſententiam ad conſanguineos fratres jus querendi devolvitur, cur eos germanorum liberi, à querela perpetuò ſubmoti, in actione inofficioſi excludant? Denique cum quibusdam fratri conſanguineo querelam accommodare, nihil ſibi, ſed germano-

rum

rum liberis, tanquam in ſucceſſione ab inteſtato potioribus re ipſa profuturam, ab æquitate & ratione juris planè alienum eſt.

Unde jam argumenta ſuperiùs *num.81.* in contrarium op- 86
poſita facili negotio diluuntur. Et quidem ad I. Reſponſionem *num.30.* jam occupavimus, quæ eò redit, nonnihil referre, num teſtamentum ab initio nullum conditum ſit, aut illud ex ipſa legis diſpoſitione v. g. agnatione poſthumi corruat, num illud demum reſcindatur facto aliquo hominis, ſeu vi ſententiæ ſuprà inofficioſo latæ? in priori quippe caſu eadem legis poteſtate, qua teſtamentum infringitur, via aperitur ſimplici ab inteſtato ſucceſſioni: at verò in querela hereditas non obtinetur ſimpliciter vi ſucceſſionis ab inteſtato, in *Nov.118.* definitæ, ſed virtute ſententiæ ſuper inofficioſo latæ: quæ etſi rem ad cauſam inteſtati reducat *l.6. §.1. ff. h.t.* id tamen eo ſenſu capiendum, quòd per querelam ſucceſſio ad eum, qui iniquè à legitima hereditate excluſus eſt, devolvatur, non quòd omnes, qui ab inteſtato jus habebant, per querelam ab alio motam, ſucceſſioni ab inteſtato admoveantur. Clariùs; querela redigit rem ad cauſam inteſtati reſpectu perſonæ querentis, non etiam reſpectu aliorum, nullum jus agendi habentium, quorum intuitu teſtamentum adhuc quoad effectum excluſionis exiſtere videtur. Pone, ut rem paritate illuſtremus, tutorem teſtamentô datum, mortuum, vel in civitate eſſe deſiiſſe; pone & excuſatum, vel à tutela remotum eſſe: priori legitimus, huic dativus ſufficitur *l.11. ff. de teſtam. tut.* quæ diſcriminis ratio? quia prior quaſi ex natura ſua & jure communi, poſterior non ipſo jure, ſed interveniente facto Magiſtratûs tutor eſſe deſiît, quo fit, ut idem Magiſtratus, qui priorem removit, mox alium ſufficiat, atque ita teſtamentaria tutela, quantùm quidem ad excludendos à lege vocatos attinet, perinde habeatur, ac ſi nondum plenè ceſsâſſet, nec teſtator, quantùm ad tutelam, inteſtatus deceſſiſſet Bachov. ad *§.2. Inſt. de legit. agnat. tut.* Hopp. ad *Inſt. eodem loco.* Ad II. communiter reſpondetur, *l.6. §.1. ff. h.t.*

de eo loqui, qui neque ſuccedendi, minùs de inofficioſo agendi jus habuit, qui ſi de facto obtinuerit, victoria ipſi haud profutura eſt, ſed evacuatô per ſententiam teſtamentô hereditatem ab eo evincent heredes legitimi. At nobis de illo ſermo eſt, qui jus querelandi ſolus habuit, quod adeò aliis agere non valentibus nequit proficere; hi enim condito teſtamento à jure ſucceſſionis penitùs remoti ſunt, quorum jus eversô per alium teſtamentô reviviſcere non poteſt, hoc ipſo, quòd cauſa reſcindendi in eo tantùm fuit, qui egit, nec alius tempore inſtitutæ actionis fuerit, qui jus æquale petendi haberet *l. 17. & 23. §. 1. ff. h. t.* Rectè hactenùs, nec nos aliter; ſi modò in ſpecie, quæ in *l. 6. §. 1.* tractatur, eos intelligamus, non qui ſimplici duntaxat ab inteſtato ſucceſſione, ſed & qui querelâ gaudent, quibus adeò victoria unius perperam actionem moventis obeſſe non poteſt, & jus obtinendi hereditatem, quod & ſtante teſtamento habuerunt, eripere.

87 Ad III. reſpondetur, abſurdum haud eſſe, ut plus percipiat exheredationis injuriâ affectus, cuíque ſoli, exclusîs aliîs, à lege jus agendi datum eſt, quàm aliàs in ſimplici ab inteſtato ſucceſſione fuiſſet habiturus *arg. l. 17. princ. & 23. §. 1. ff. h. t.* cùm contrà abſurdum eſſet, illos, qui lege permittente ſunt præteriti, atque ita exheredationis notâ non affecti, paris fore conditionis cum illis, qui lege refragante excluſi, in læſionis ſolatium ad hereditatem erant admittendi. Urges, & opponis *l. 19. ff. h. t.* ubi ſororum una ex quadrante inſtituta, altera, quæ à matre præterita eſt, totum reſcidit teſtamentum, nec tamen omni hereditate potitur, ſed quæ non fuit queſta, alterum ab inteſtato ſemiſſem aufert: rectiſſimè; cùm enim ſorori, quæ inſtituta fuit, idem jus querelæ à legibus tributum ſit, permittendum non erat, ut una per querelam noceret alteri, eámque â ſucceſſione legitima penitùs excluderet, quemadmodùm & aliàs ſuprà jam oſtenſum eſt, uno ex pluribus, quorum eadem eſt in querela conditio, teſtamentum querendo evertente, reliquis quo-

que

que idem ſucceſſionis remedium applicari *l. 3. §. 11. l. 10. §. fin. ff. de bon. poſſeſſ. con. tab.* ſi modò per unum tota heredis inſtitutio ſubverſa ſit: nam ſi quis ſuam tantùm ab inteſtato portionem, non totum ab herede ſcripto avocâſſet, reliquis vel excluſis, vel in minori parte inſtitutis, viribûs teſtamenti ſaltem pro parte adhuc valentibûs, agentis victoria nequidquam proderit *l. 16. princ. l. 25. §. fin. ff. h. t.* Ex quo quis jam novum contra Bachovii reſponſionem argumentum pro firmanda ſententia noſtra ſic inſtruxerit: ubi teſtamentum non ita totum reſciſſum eſt, agenti tantùm prodeſt victoria; id hodie in querela inofficioſi evenit; ergo: cùm Imperator in *Nov. 115. cap. 3. & 4.* diſertè exprimat, ſe nolle, teſtamentum per inofficioſi querelam in totum reſcindi, ſed omnia capitula, quæ præter heredis inſtitutionem in eodem diſpoſita ſunt, *tanquam in hoc non reſciſſum obtineat teſtamentum*, adimpleri, atque in ſua firmitate, ſicut antè, manere. Atque hoc ſtatuit hæc Novella non modò circa legata, & fideicommiſſa (ne quis dicat, hæc hodie vel ab inteſtato relinqui) ſed etiam circa tutelæ dationem, tantùm in teſtamento, non æquè ab inteſtato valentem. Et ergo paterfam. hoc novo jure non ampliùs per querelam in totum inteſtatus efficitur, adeóque nec omnibus, qui ex *Nov. 118.* ab inteſtato vocantur, agentis victoria applicari, ſed ei tantùm proficere poterit, qui in querela victor extitit.

Neque verò tribus illis perſonarum ordinibus querela 88
ſemper cum effectu indulgetur, ſed ea variis in caſibus ceſſat. Qui ferè ad quatuor capita redigi poſſunt, reſpectu videlicet Actoris, Teſtatoris, Temporis, & Cauſæ. Igitur reſpectu actoris querela ceſſat I. Si quis alio remedio hereditatem vel portionem ſuam conſequi valeat *§. 2. l. 23. princ. ff. h. t.* cùm enim olim ſub velo fictæ inſaniæ querela inſtituenda eſſet, non aliàs ei locum eſſe leges voluêre, quàm in ſubſidium, hoc eſt, remediô ordinario deficiente: unde etiam in *l. ult. Cod. de liber. præter.* *ultimum adjutorium* appellatur. Hinc filio impuberi arrogato exheredato querela non competit; quia

datum est ei aliud beneficium, nempe ex constitutione D. Pii, quo quartam bonorum petere possit *l.8. §.15. ff. h.t.* Fallit autem hæc regula primò, nisi aliud remedium etiam tendat ad rescissionem testamenti *d. l.8. §.12.* ubi si quis & irritum dicat testamentum, vel ruptum & inofficiosum, conditio ei deferri debere dicitur, utrùm priùs movere velit *junct. l.16. Cod. eod.* Secundò, si pinquius sit querelæ remedium: unde & patri emancipatori electio datur, an per bonorum possessionem contra tabulas partem sibi tanquam patrono debitam, an magìs per querelam rescisso testamentô hereditatem petere velit; nec enim, ùt ait Julianus in *l.1. §. ult. ff. si à parent. quis manumitt.* ei nocere debet, quòd jura patronatûs habeat; cùm sit & pater.

89 II. Cessat, si exheredatus agnoverit testamentum, & voluntati testatoris acquieverit. Ubi tamen interest, an mortuo testatore hoc faciat, an eo adhuc superstite? Priori in casu regula cessantis querelæ obtinet *l.35. §.2. Cod. h.t.* cùm hereditatem sibi delatam quisque repudiare possit *l.13. ff. de acquir. vel omitt. hered.* secùs in posteriori; cùm ut in *d. l.35. §.1.* ratio reditur, *meritis magìs filii ad paterna obsequia provocandi, quàm pactionibus*, spem scilicet illam amputantibus, *adstringendi:* & hereditas esse debet priùs, quàm ut ei validè renuncietur *l.94. ff. de acquir. vel omitt. hered.* Neque turbat, quòd is, qui sua se manu exheredem scripsit, ex suo in exheredationem consensu à bonorum possessione contra tabulas arceatur *l.8. §.6. ff. de bon. possess. contr. tab.* nam inde non infertur talem etiam à querendi facultate excludi, sed non putavit prætor tali exheredatione notato succurrendum esse *d. l.8. princ.* cùm hoc pro scripto senatus non habeat, quod contra illum ipsum scribentem est. Renunciatio autem fit vel expressè vel tacitè. Expressè, si quis de querela cum heredibus transigat, aut paciscatur *d.l. 35. §.2.* vel aliàs apertè declaret, quòd, uti querela nolit, aut jam motam deserat *l.15. §.1. l.17. & 23. ff. h.t.* vel quia damnosam credit hereditatem, aut satiùs ducit, testamentum patientiâ honorare, quàm judi-

dicîò convellere. Tacitè, ſi quis ſibi ſuísque v. g. filio aut ſervo ea diſpoſitione relictum, ſciens ſe exheredatum eſſe, acceptet *l. 8. §. 10. l. 12. princ. ff. h. t.* quia per hoc videtur judicium teſtatoris approbâſſe. Quod etiam is feciſſe intelligitur, qui nulla neceſſitate officii aliis, ex eo teſtamento relicta ſibi petentibus, ultrò patrocinium præſtat *l. ult. princ. ff. eod.* ſecùs ſi id ex munere, quod invitis imponitur, v. g. tutorio nomine faciat *§. 4. Inſt. h. t.* reprobat enim approbationem officii neceſſitas, ut querelam movere ſuo nomine non prohibeatur. Quod & dicendum, ſi nulla ex teſtamento ad exheredatum utilitas pervenerit, velut ſi quis legatum petiêrit teſtamento relictum, quod conditîs poſteà codicillîs ademptum apparet *l. 12. §. 2. h. t.* aut ſi quis non ſibi perceperit legatum, ſed ut id alii totum adminiſtraret, ac reſtitueret *l. 10. §. ult. ff. eod.* cùm talis ex bonis paternis nihil conſequatur. Sic nec exheredato nocet, quod legatario ſui patris heres extiterit. *l. 5. §. 8. ff. de his, quæ ùt indig.* ſcilicet ſi legatum legatario jam exſolutum ponas: nam ſi id nondum præſtitum fuerit, id ex teſtamento paterno, in quo ipſe exheredatus eſt, perſequi volens, non poſſet non videri probâſſe exheredantis judicium, atque ita pro legato obtinendo, ejus teſtamento firmitatem tacitè tribuiſſe *l. ult. §. ult. ff. h. t.* quo ſenſu & diſtinctione quoque *l. pen. §. 3. ff. h. t.* capienda eſt.

Verùm notat Voët. *h. t. num. 32.* quòd, cùm jure novo legata ſubſiſtant, non obſtante reſciſſione per inofficioſi querelam obtenta; hodie quoque ceſſare neceſſe ſit illas ſcrupuloſas circa excluſam ex agnitione legati querelam diſputationes; nec ampliùs exheredatum ex legati ſive ſibi, ſive alteri relicti petitione jus movendæ querelæ amittere, dum hodie legati & querelæ effectus in eadem perſona conſiſtere poſſit, legatîs etiam ab inteſtato præſtandîs: cúm contra olim legata ſolùm ex valore teſtamenti ſuam haberent firmitatem, ut qui legatum ex eo peteret, ejus quoque valorem & heredis inſtitutionem non potuerit non agnoſcere; quippe à qua dependeret omnis legatorum vis. At nos hìc, ſiquidem ex hereda-

redatus ex ſua perſona legatum perſequatur, Voëtio adſtipulari non poſſumus; quibus perſuaſum eſt, *Nov. 115.* de iis ſolùm legatis intelligendam eſſe, quæ non ipſi exheredato, ſed aliis relicta ſunt: nam veroſimile eſt, Imperatorem non aliô conſiliô legata ibi ſalva perſiſtere voluiſſe, quàm ut teſtantium voluntatibus ſuccurreret, ut ne illæ ultrà, quàm inofficioſæ eſſent, ſubverterentur. Quis verò credat, hanc fuiſſe defuncto mentem, ut is exheredatum, quem maximè à ſua hereditate alienum facere conatus eſt, hâc evictâ legatum quoque præcipuum præ reliquis coheredibus capere voluerit? Non negamus, liberorum quoque exheredatorum cauſam in *d. Nov.* promotam eſſe, ſed id hactenùs, ut his paratior via ad amovendam exheredationis injuriam ſtrueretur, non ut hi ampliùs ex defuncti, quàm jure veteri accepiſſent, bonis ferant, majoríque compendio augeantur. Confer nos *ſupra cap. 1. ſub rubric. de effect. præterit. num. 39. & 40.*

91 Quòdſi exheredatus ipſam directè agnoverit heredis inſtitutionem, non minùs hodie, quàm olim querelâ excidit, veluti ſi ab herede ſub conditione dandi decem inſtituto, eâ conditionis implendæ causâ acceptaverit *l. 8. §. 10. ff. h.t.* aut hereditatem, vel etiam res ſingulas, ſciens eas heredis eſſe, ab inſtituto emerit, aut etiam prædia hereditaria ab eo conduxerit, vel ei ſolverit, quod teſtatori debebat, aut aliud ſimile quid fecerit, continens in ſe judicii approbationem *l. 23. §. 1. ff. eod.* Putat autem Voët. *hôc locò num. 33.* filium in caſu, quo implendæ conditionis gratiâ ab herede aliquid accepit, minùs legitimâ, actione ad ſupplementum non juvari, utpote, quæ huic tantùm datur, qui aliqua ratione in teſtamento honoratus eſt, cuíque portio ex ipſa teſtatoris diſpoſitione aſſignata. *30. C. h.t.* at verò filius hìc honoratus dici nequit, utpote, qui in conditione tantùm poſitus, non in diſpoſitione; cùm aliàs in *l. 35. §. 2.* notanter cautum ſit, quòd filius, qui legatum vel donationem ſimpliciter agnoverit, nec diſertè adjecerit, nullam ſibi ſupereſſe de repletione quæſtionem, nullum ſibi, quo minùs id, quod legitimæ deeſt, repleri de-

ſi-

ſideret, præjudicium inducat. Id unum articulo huic, quod in *l. pen. §. 2. ff. h. t.* traditur, addendum. Ubi Paulus: *ſi heres extiterim ei, qui eo teſtamento inſtitutus eſt, quod de inofficioſo arguere volo, id poſteà mihi querelâ acturo non nocere, maximè ſi eam portionem non poſſideam, aut poſſideam quidem, ſed jure ſuo*, id eſt, non ùt heres, ſed alio titulo. Non eſt, ut moneamus, terminos hìc habiles ponendos eſſe, quibus exheredatus inveniat, contra quem experiatur, vel, quòd ipſe ab inteſtato tantùm pro parte vocatus ſit, vel, quòd exheredans tantùm pro parte eum heredem ſcripſerit, cui exheredatus ſucceſſit: quòd enim Bartol. apud Brunnem. ad *cit. l.* putet, contra legatarios patris ſui exheredato agendum eſſe, rationem non habet. At, inquis, cur minùs exheredato hoc in caſu heredem, quem pater meus inſtituit, extitiſſe noceat, quàm ſi is mihi rem illam legâſſet, quam ex patris mei bonis obtinuit, & hoc ſciens acceptavero? Reſpondet Brunnem, quòd hereditas ſit aliquid univerſale, quæ cùm ſemel ei, qui me heredem fecit, quæſita eſt, ampliùs à me ſcindi non poteſt; adeóque vel tota acceptanda, vel tota repudianda eſt *l. 10. §. 2. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. l. 1. ff. de acquir. vel omitt. hered.* cùm contrà legati cauſa ſit ſeparabilis.

III. Si teſtator legitimam his, qui de inofficioſo agere 92
poſſunt, reliquerit, quæ eſt portio portionis ab inteſtato debitæ *l. 8. §. 8. ff. l. 6. C. h. t.* Olim quovis titulo relicta querelam excluſit *l. 8. §. 6. ff. §. 3. & ult. Inſt. eod.* ſi modò liberos, qui in teſtantis poteſtate ſunt, ſimul exheredatos fuiſſe ſupponas, ne aliàs iis præteritîs teſtamentum ipſo jure nullum ſit; cùm inter ea, quæ ad ordinanda teſtamenta deſiderantur, principale jus fuerit de liberis inſtituendis, vel exheredandis *l. 30. ff. de lib. & poſth.* quemadmodum id latiùs proſequitur Zoëſ. *h. t. num. 68.* & craſſum quorundam in hoc errorem cum indignatione refutat. Verùm Juſtinianus in *Nov. 115. cap. 3. & 4. in princ.* honorem liberorum non modô, ſed etiam parentum promoturus conſtituit, ut his relicta legitima eos ab inofficioſi actione aliter non excluderet, quàm ſi titulô inſti-

tutionis data eſſet, vel hi probati fuerint aliquam ingratitudinis cauſam in teſtatorem admiſiſſe. In fratribus nihil hactenùs correctum eſt, quibus adeò ſufficere debet, legitimam, turpî herede inſtitutô (hæc enim aliàs fratribus planè non debetur) quôvis titulô habere. Prætereà, cùm olim ad excludendam de inofficioſo querelam requireretur, ut legitima tota & integra relicta ſit, adeò, ut ne inſtitutus quidem in minori, quàm quæ definita eſſet legibus, quantitate querelam movere prohiberetur *§.3. Inſt. l.8. §.14. in fin. ff. h.tit.* Juſtinianus, ut ne toties voluntates teſtatorum ſubverterentur, eorum firmitati proſpiciens, porrò cavit, ut non modò omnis dilatio, conditio, aliúdve gravamen legitimæ impoſitum ipſo jure pro non adſcripto & irrito habeatur, legitimáque purè ac ſine omni onere data cenſeatur *l.32. l.36. Cod.h.t.* verùm etiam, ſi minùs legitimâ datum ſit, id, quod deeſt legitimæ quantitati, à ſcriptis heredibus ex aliis defuncti bonis ſuppleatur, querelâ penitùs quieſcente *d. §.3. l.30. & 31. Cod. eod.* Ut inde ſatis improbabilis eorum ſententia appareat, qui hanc ſupplementi petitionem per inofficioſi querelam fieri contendunt, quaſi Imp. eam ad hunc quoque caſum extendiſſet; cùm tamen condictio ſupplementi longè à terminis querelæ remota ſit, utpote quâ nulla intenditur, vel impetratur reſciſſio teſtamenti, nulla pars voluntatis ſubvertitur, imò quæ à Juſtiniano hunc in finem inventa eſt, ut per eam teſtantium voluntatibus ſuccurratur. Et leve eſt, quod Adverſantes ex *l.34. in fin.* & *l.35. §.2. Cod. h.t.* opponunt; nam utì legenti facilè patebit, verba in *l.34.* ibi: *Niſi pater adhuc ſuperſtes vel repudiaverit querelam vel quinquennio tacuerit*, non ad actionem de ſupplemento, incidenter tantùm in ea lege tractatam, ſed ad deciſionis principalis limitationem, ſcilicet de transmiſſione inofficioſi querelæ ſpectare; ita quod in *leg.* poſteriori dicitur, eum, qui poſt patris obitum profeſſus eſt, ſe contentum fore relictîs, & de eo, quod deeſt, nullam habiturum quæſtionem, tum *omnî excluſâ querelâ*, compellendum paternum judicium amplecti, manifeſtè conſtat, *to querelam*

la-

latiſſimè, ac pro qualibet actione ſumi, quâ jus noſtrum læſum in querimoniam deducimus *arg. l. 14. §. 4. Cod. de N.N.P.*

Prætereà non unô modô inofficioſi querela ab hac actio- 93
ne in ſupplementum differt. Illa quinquennio terminatur, nec niſi præparata regulariter ad heredes transmittitur *d. l. 34.* hæc & perpetua eſt (ſive cum communiori condictionem perſonalem ex *d. l. 30.* ſive cum aliis hereditatis petitionem ſtatuas) *l. 7. Cod. de petit. hered. l. 3. Cod. de præſcript. 30. vel 40. annor.* & ad heredes tranſitoria, tametſi necdum à defuncto mota, aut ab eo legitima ſibi in rebus certis, ſed non ſufficientibus teſtamentô aſſignata, agnita fuerit *arg. l. 19. C. de jur. deliber. l. un. Cod. de his, qui ante apert. tab.* Neque cum Bartolo audiendus es, ſi dicas, actionem ſuppletoriam non poſſe diverſam à querela naturam habere, in cujus locum ſurrogata eſt *arg. l. 1. §. 10. ff. ſi is, qui teſtam. lib. eſſe juſſ.* id enim non procedit, ſi diverſæ qualitatis ſint ſurrogatum & illud, quod in ejus locum ſurrogatum eſt, aut diverſa inter hæc ratio juris ſubſit Knorr *comp. jur. axiom. verb. ſurrogatum.* quemadmodum id vel exinde liquet, quòd querela eò tendat, ut teſtamentum evertatur; actio ſuppletoria, ut conſervetur; illa adeò odioſa, hæc favorabilis cenſeatur: unde quoque eſt, quòd, qui teſtamentô ſibi adſcriptum agnoſcit, querelam amittat, non perdat actionem ad ſupplementum *l. 35. §. 2. Cod. h. t.*

Secundò, reſpectu teſtatoris ceſſat querela I. Si miles ju- 94
re militari teſtamentum condiderit *l. 8. §. 3. & 4. junct. l. ult. §. 1. C. h. t.* de quo tamen vide nos ſuprà *à num. 23. & ſeqq.* II. Si *bona mente*, & absque lædendi propoſito, filiô exheredatô, alius heres inſtituatur, qui vel interim vice heredis fungatur, exheredatóque poſt certum tempus hereditatem reſtituat *l. 3. §. 3. ff. de uſur. l. 18. de lib. & poſth.* vel ei neceſſaria alimenta præbeat *l. 16. §. 2. ff. de curat. fur.* Cùm autem omnis exheredatio nocendi, & excludendi animô facta intelligatur, quemadmodum de injuria dicimus, eam non præſumi animô jocandi, vel bona mente, niſi probetur, fuiſſe illatam; hinc

ex monito JCti in *d. l. 16. §. 2.* neceſſe eſt, ut teſtator cauſam, & neceſſitatem judicii ſui expreſsîs verbîs addat. Proinde minùs tutum videtur, quòd Sandius *lib. 2. tit. 2. def. 13.* ſcribit, ex conjecturis colligi poſſe exheredationem factam eſſe bona mente, niſi fortè valdè prægnantes, & manifeſtæ in oculis ſint conjecturæ, vid. Stryck. in *uſu moder. Pand. li. 28. tit. 2. §. 10.* Exiſtimat tamen Voët. *ff. h. tit. num. 22.* quòd, ſi cauſa illa, ob quam exheredatio bona mente facta ceſſaverit, velut ſi prodigus ad meliores mores, furioſus ad ſanam mentem rediêrit, aut ære alieno obrutus à creditoribus ſuis ſe extricaverit, haud improbabilis eorum cenſeri poſſit ſententia, qui ſi io his in caſibus, ſi non querelam, ſaltem actionem ad ſupplementum; cùm ei aliquid, nempe alimenta relicta ſint, atque ita is videri nequeat in totum præteritus, accomodant, reliqua hereditate penès inſtitutos v. g. nepotes remanente, juxta tritum illud, ceſſante cauſa finali, ceſſat effectus.

95 III. Reſpectu teſtatoris ceſſat inofficioſi querela, quando pater filio impuberi ſubſtituit; tunc enim mater, etſi ne teſt; *quia*, ùt ait JCtus in *l. 8. §. 5. ff. h. t. pater ei hoc fecit*, adversùs mariti autem, ejusdémque patris pupilli judicium lex ei non dat querendi, hodie nullitatis remedium. Et tametſi tabulæ pupillares dicantur filii teſtamentum *§. 2. Inſt. de pupill. ſubſtit.* qui ipſe ſua diſpoſitione non potuiſſet matri auferre legitimam, id tamen eo ſenſu recipiendum, quatenus in his diſpoſitum fuit de bonis filii, non autem, ac ſi pater feciſſet teſtamentum nomine ac jure filii, quin potiùs eo ſenſu proprium patris teſtamentum cenſetur, qui id jure ſuo, ac vi patriæ poteſtatis condidit, atque jure ſuo uſus uxori nullam infert injuriam *cap. 1. de teſtam. in 6.* Verùm utì hoc in caſu, quo pater filio, conceptis in ſecundum caſum verbis, pupillariter ſubſtituit, liquidiſſimum eſt, ita controverſiâ non vacat, an etiam mater, ſi pater vulgaribûs verbîs, ſeu in primum caſum filio ſubſtitutum dederit, vi tacitæ pupillaris, aliàs ſub vulgari expreſſa contentæ, à filii hereditate excludatur? Quæſtionem

hanc

hanc voluntatis esse, adeóque ex verosimilibus conjecturis decidendam, disertè Impp. expresserunt in *l. fin. Cod. de instit. & substit. l. 8. Cod. de Imp. & aliis substit.* igitur eò opera danda est, ut, quæ in dubio mens patris substituentis fuerit, eruamus. Matrem per substitutum excluſam censeri non paucis placet Hub. ad *Inst. l. 2. tit. 16. num. 3.* Coccej. *jur. controv. tit. de inoff. test. q. 21.* Vinn. *lib. 2. q. 24.* quorum præcipua ratio est, quòd ex communi legum interpretatione sub vulgari expressa contineatur tacita pupillaris, adeóque cùm pater in unum casum matrem excludat, quam potuit in utrumque excludere, eam quòque in alterum præteriîsse videtur *l. 4. princ. ff. de vulg. & pupill. substit.* cùm eadem regulariter vis sit taciti, quæ expressi *l. 2. ff. de pact.* pupillaris autem expressa matrem submoveat. Idque non obscurè confirmatur II. per *l. 45. ff. de vulg. & pup.* ubi, cùm pater legitimum filium, & alterum naturalem heredem instituisset, eósque sibi invicem substituisset, filiúsque legitimus impubes decessisset, responsum est, ad matrem legitimi filii ab intestato hereditatem pertinere; *cùm in naturalis filii persona*, eò quòd patriæ potestati subjectus non sit, *duplex substitutio locum habere non possit*; unde à contrario legitimè infertur matrem per substitutum, etsi is disertè in casum secundum substitutus non fuerit, excludi *arg. cap. 1. de testam. in 6.*

Verùm matris causam defendunt Fachin. *controv. l. 4. c. 40.* 96 Zoës. ad *ff. lib. 28. tit. 6. num. 50.* Voët. *eod. loc. num. 17.* Carpz. *part. 3. constit. 8. def. 2.* ibíque latè DD. quorum etiam sententiam forum probâsse testis est Faber *l. 6. Cod. tit. 8. def. 1.* quibus favet I. *l. 8. Cod. de impub. & aliis substit.* ubi non incerti juris esse Impp. rescripserunt, quòd si pupillus primo tantùm casu substitutum accepit, & patri heres extitit, eô defunctô ad matrem omninò ejus pertineat successio. Sed inquies, eam legem ad interpretandas militum substitutiones pertinere, quæ factæ in unum casum non extenduntur ad alium: quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus, sed ex nuda, simplici, ac prout verbis expressa est, voluntate æstimantur *arg. l. 6. Cod. de testam. mil.* Sed interro-

gare fas sit, num hoc, quod in pagano tacitam pupillarem sub expressa vulgari contineri dicimus, & ita patris voluntatem interpretamur, quòd substitutione in primum casum concepta etiam matrem, itémque uxorem suam voluerit in secundum à pupilli hereditate excludere, num inquam hoc beneficii locô ac tanquam singulare patriæ potestatis jus esse censeas, num econtra patris arbitrium ita per leges adstrictum esse contendas, ut qui in unum disertè casum substituit, hoc ipso ab expresso etiam alterum casum non valuerit excipere? Si primum: ratio nulla apparet, cur angustiorem interpretationem in milite faciamus, cujus supremum elogium tot prærogativis præ paganorum testamentis auctum est? Si secundùm: perperam oportet Impp. dixisse in *dd. ll. fin. & l. 8.* hanc quæstionem voluntatis esse, atque adeò ex conjecturis decidendam. Quòd si verò, ut nemo facilè negabit, hæc voluntatis est quæstio, an alia esse potest voluntas in pagano, alia in milite? Non ignoramus aliam sæpè in militum, aliam in paganorum testamentis fieri interpretationem, ùt ex collatione *l 1. §. 4. ff. de hered. instit. l. 7. ff. de R. J. l. 6. ff.* & *l. 3. Cod. de testam. mil.* constat, sed id tum procedit, cùm pagani voluntas arbitraria non est, sed ad leges testamentarias adstricta. Cæterùm, ubi liberum est testantis arbitrium, non minùs in pagani, quàm in militis testamento id sequendum esse leges præcipiunt, quod verosimile est, testatorem sensisse *l. 35. §. 3. ff. de hered. instit.* Dein, si in *d. l. 6. Cod. de testam. mil.* militis voluntas, cùm duos heredes, quos instituit, sibi invicem substituisset, ita ad juris communis regulas interpretamur, ut, nisi aliud probetur, in eum tantùm casum facta intelligatnr, quo utrique pari ratione substitui potuit, licèt hoc sit militis privilegium, ut etiam extraneo, posteaquàm heres exstitit, mortuo substituere valeat, cur non etiam pagani substitutionem in casu nostro ita capere liceat, ut eandem cum militis substitutione recipiat interpretationem? quoniam conjecturæ voluntatis ubique prorsus æquales sint, nec ulla verosimili ratione alia possit esse voluntas militis, quàm pagani. Confirmat sententiam hanc II. *l. ult.*

l. ult. C. de inſtit. & ſubſtit. ubi poſt Veterum altercationem decrevit Imp. matrem ex ſubſtitutione pupillari, intellecta ſub vulgari, poſthumo facta non excludi. Neque dicas: hoc ideò in caſu Imperatori placuiſſe, quia mater coheres filio à marito data eſt, ob quod præſumi poteſt, *quòd, cùm ſuæ ſubſtantiæ partem uxori dereliquit, multò magìs luctuoſam ad eam filii hereditatem pervenire curaverit*: ſiquidem hæc conjectura admiculans eſt, non principalis atque unica decidendi ratio, quæ potiùs in hoc poſita eſſe videtur, quòd, cùm mater diſertè in caſum ſecundum per maritum excluſa non fuerit, non facilè præſumatur, eum voluiſſe uxorem ſuam, ad quam ſummus mœror ex filii morte pervenit, & amiſſi filii & luctuoſæ hereditatis jacturam ſentire. Imò probè conſiderandum, quod dicitur: ideò magìs luctuoſam hereditatem capere matrem, quia eſt coheres; ut etiã capere debeat non coheres: nam verbum *magìs* eſt implicativum alterius caſus: & cùm aliàs ſubſtitutus potior ſit jure accreſcendi, non potuit in *d. l. fin.* vis poni in conjunctione; cùm ea nihil matri proficiat. Denique Imp. in *d. l. fin. in fin.* generalibûs verbîs conſtituit, non aliter ſubſtitutum admittendum eſſe, *quàm cùm poſthumus minimè editus fuerit, vel poſt ejus partum mater prior deceſſerit.*

Ad argumenta ſuperioris ſententiæ, & quidem ad I. re- 97
ſpondebis, hanc interpretationem legis in theſi eſſe veriſſimam, ſed adversùs matrem locum non obtinere, quam potiùs leges præſumunt, ni teſtator ſpecialiter id exprimat, à luctuoſa filii hereditate per ſubſtitutionem vulgaribus verbis conceptam, non fuiſſe à marito excluſam: neque perpetuò verum eſt, eandem ſemper vim eſſe taciti, quàm expreſſi; ùt tradit Everhard in *loco ab expreſſo ad tacitum num. 9. & 10.* præſertim, cùm utì hìc, verſamur in odioſis, & ubi tacitus legis civilis intellectus quamdam adversus naturalem æquitatem duritiem involveret, velut ſi mater à ſucceſſione filii, ſibi ex commiſeratione, & pietate debita foret depellenda. Ad II. dico in *d. l. 45.* tractari caſum, quo duo impuberes ſimpliciter ſibi invicem ſubſtituti ſunt. Unde ſubſtituo pupillaris,

ris, quæ continetur in reciproca, non eſt tacita, ſed magis verbis generalibus expreſſa; cùm qui genus dicit, nilque excipit, omnes ejus ſpecies & caſus ſub eo genere æqualiter contentos comprehendiſſe videatur *arg. l. 8. ff. de in publ. in rem act.* at in caſu propoſito ſub verbis vulgaris ſubſtitutionis tacita pupillaris nullò modô continetur, ſed ſaltem ſubtili legis interpretatione, quæ ceſſat, ubi fortior in contrarium inſurgit præſumptio. Eadem ad *cap. 1. de teſtam. in 6.* reſponſio eſt: verùm, quòd ibi Pontifex decernat, ut ſubſtitutis filio, filiæque impuberibus, *ſi ſinè liberis decedant*, facta, vim, & effectum, eo ſcilicet effectu, ut mater liberorum legitimam detrahere nequeat, ſubſtitutionis pupillaris obtineat in caſu, quo uterque inſtitutus in pupillari ætate deceſſerit, ex ratione, quod in ſubſtitutione ſemper ſit interpretatio facienda (dummodo, ſicut in caſu propoſito, eorum verbis & perſonis conveniat inſtitutis) ut ſubſtitutio directa intelligatur potiùs, quàm obliqua; id, an generaliter & extra caſum, quo forté pia cauſa, qualis in *cit. cap.* memoratur, ſubſtituta eſt, procedat? cùm hoc in *l. 15. ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. & l. 8. C. de imp. & aliis ſubſtit.* ſingulare militis privilegium eſſe dicatur, ut, quæ verbis directis impuberibus ultrà pubertatis tempus fit ſubſtitutio, ea hoc tempore transacto ex pupillari in fideicommiſſariam flectatur, econtrà ſubſtitutio ultra tempus pubertatis à pagano civilibus, hoc eſt, directis verbis facta, ita pubertate finiatur, ut, ne in vim quidem fideicommiſſi in longius tempus ſuſtineatur, cùm in *l. 7. l. 14. ff. eod.* dicatur *fruſtra fieri, eam pubertate finiri.* Voët. *ad Pand. l. 28. tit. 6. num. 25.* Huber. ad *Inſt. eod. tit. num. 11.* non eſt præſentis inſtituti quæſtio, de qua vid. Brunnem. ad *d. l. 15.* & ibi allegatos.

98 III. Querela ceſſat ratione temporis, ſi quinquennium ſit elapſum, quô temporis ſpatiô querelæ præſcriptum eſt *l. 8. §. ult. ff. l. 34. Cod. h. t.* Incipit autem hoc tempus currere non à die mortis, ſed aditæ hereditatis *l. 8. §. 10. l. pen. §. 2. Cod. h. t.* partim, quia aditione demum exheredatio confirmatur, cujus

jus interim effectus pendet, atque etiam penitùs infringitur, ſi inſtitutus adire nolit, aut non poſſit *l. 20. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* partim, quòd querela contra inſtitutum heredem moveatur, ante aditionem verò heres non intelligatur, ut adeò agere non valenti non debeat nocere præſcriptio *l. 1. §. fin. Cod. de Annal. exccpt.* unde & ſi de valore teſtamenti quæſtio ſit, dum illud fortè defectu laborare contenditur, incipiet demum currere quinquennium, ex quo lis illa prior deciſa fuerit *l. 16. Cod. h. t.* Quemadmodum verò minor ætas à curſu hujus præſcriptionis immunis eſt, ut ne quidem iis reſtitutio in integrum neceſſaria ſit *l. 2. Cod. quibus in cauſ. reſtit. in integ. neceſſ. non eſt.* ita eam aliquando majorennibus ex magna & juſta cauſa adversùs lapſum hujus temporis impertiri, dubitare non ſinit JCtus in *d. l. 8. §. fin.* Breviori etiam tempore perit querela, ſi is, cui dabatur, mortuus ſit, antequàm præparaverat actionem, ſeu querelam actu aliquo judiciali, denunciatione ſaltem vel proteſtatione *l. 6. §. fin. l. 7. ff. h. t.* nec enim, utpote actio odioſa, re integra, ad heredes transmittitur, excepto caſu *l. 34. Cod. eod.* quo filius deliberante herede ſcripto mortuus eandem non ad quoscunque, ſed ad ſuum duntaxat heredem, ſeu nepotes transmittit. Unde ne inſtituti conſultò moras nectant, querelæ eludendæ vel protelandæ causâ, ad inſtantiam exheredati officiô judicis compelli poſſunt, ut intra aſſignatum ſibi terminum animum de adeunda vel repudianda hereditate exponant *l. pen. §. 2. Cod. h. t.*

IV. Denique querela ceſſat, vel magis effectu ſuo deſti- 99
tuitur, ſi exheredatio ex juſta cauſa facta ſit, de quo ſuprà copiosè. Id unum hìc addendum ſupereſt, quod ei, qui in querela vicit, adverſario ab illa ſententia ad ſuperiorem appellante, interim ab herede inſtituto & victo alimenta pro modo facultatum ſubminiſtrari jubeantur, quoties id urget inopia conquerentis *l. 27. §. 3. ff. h. t.* juncta *l. 20. ff. eod.* Atque

hæc de querela, & jure HEREDIS NECESSARII dicta
& ſcripta ſatìs, nunquam tamen ſatìs,

AD MAJOREM DEI GLORIAM.

POSITIONES

EX

UNIVERSO JURE, CANONICO, PUBLICO, CIVILI, FEUDALI ET CRIMINALI.

1. *IMperator debet esse Catholicus.*
2. *Qui Capitulationi contravenire potest in casu necessitatis, vel evidentis utilitatis publicæ.*
3. *Delegatus, si contra mandatum secretum eligat, Electio valet.*
4. *Nonus Electoratus non est contra,*
5. *Nec juxta,*
6. *Sed præter auream Bullam.*
7. *Rex Romanorum gaudet vera, & propria Majestate.*
8. *Forum Cæsaris apud Palatinum non est jurisdictionis coactivæ.*
9. *Sub prohibitione alienationis rei Ecclesiasticæ non continetur pinus generale.*
10. *Clerici Jure Divino tenentur residere in beneficiis curatis.*
11. *Ecclesia à Laico in contractu læsa, restitutionem coram Judice laico petere debet.*
12. *Sponsalia ante septennium contracta, sunt irrita, etsi malitia suppleat ætatem.*
13. *Et gravi metu injustè incusso sunt ipso jure nulla.*
14. *Nec secunda ob secutam copulam prævalent primis.*
15. *Solutîs mutuo consensu sponsalibûs manet impedimentum publicæ honestatis.*
16. *Si ambo fornicentur, non tolluntur delicta mutuâ compensatione, sicut in matrimonio.*
17. *Justitia vindicativa non est virtus à reliquis justitiæ speciebus distincta.*

18.

18. *Peregrini non tenentur LL. particularibus locorum.*
19. *Lex pluribus provinciis lata, in ſingulis promulganda eſt.*
20. *Ob-vel ſubreptio in uno articulo dolosè admiſſa vitiat totum Reſcriptum.*
21. *Ad inducendam conſuetudinem ſufficiunt actus, tam bona*
22. *Quàm mala fide exerciti.*
23. *Advocatus poteſt aſſiſtere cauſæ, quàm judicat minùs, ſed verè tamen probabilem.*
24. *Metus jure naturæ reddit contractum ipſo jure nullum.*
25. *Ob gravem metum, etiam alio fine incuſſum, contractus reſcindi poteſt.*
26. *A laudo arbitri non homologato datur reductio ad arbitrium boni viri.*
27. *Judex nequit condemnare reum, qnem innocentem eſſe novit, licèt ex actis appareat nocens.*
28. *Transactio ob læſionem enormem reſcindi nequit.*
29. *Servitutes ruſticæ ſolo non uſu per decem annos extinquuntur, etiamſi veſtigia ſervitutis conſtitutæ exiſtant.*
30. *Etiam vera culpa conſtituit quaſi delictum.*
31. *Perperam diſcrimen inter mutationem bonitatis in- & externæ pecuniæ conſtituitur.*
32. *Creditor tenetur accipere nummos ſecundùm eum valorem, qui tempore ſolutionis eſt, niſi notabile detrimentum paſſurus inde eſſet.*
33. *Juramentum metu extortum ipſo jure nullum eſt.*
34. *Mulier SCt. Vellejano renunciare poteſt.*
35. *Emptor cenſetur eſſe læſus, ſi præter juſtum pretium inſuper plus, quàm illius dimidium ſolvit.*
36. *Tutor ob culpam latam verſutiæ fit infamis, non item negligentiæ.*
37. *Liberi ſecundi thori præcipua habent lucra nuptialia ſui parentis, etſi pater ad tertia vota non tranſiêrit.*
38. *Res judicata pro foro interno non operatur.*
39. *Qui in egeſtate extrema rem ſurripit, ad reſtitutionem tenetur, ſi ad pinquiorem fortunam pervenerit.*
40. *Probabiliùs in Theoria videtur, legitimos per ſubſequens matrimonium in feudo non ſuccedere.*

41. *Fœmina in ſucceſſione feudi ſemel excluſa, non eſt in perpetuum excluſa.*
42. *Filius repudiando patris ſui hereditatem allodialem, feudum capere non poteſt.*
43. *Reus convictus non confeſſus poteſt condemari. Sicut*
44. *Fur ruptô laqueô decidens iterum ſuſpendi.*
45. *Pœnâ* l. 5. Cod. ad L. J. Majeſta. *juſtè etiam filii coërcentur.*
46. *Nequit tamen extendi ad nepotes.*

FINIS.

41. *Fœmina in ſucceſſione feudi ſemel excluſa, non eſt in perpetuum excluſa.*
42. *Filius repudiando patris ſui hereditatem allodialem, feudum capere non poteſt.*
43. *Reus convictus non confeſſus poteſt condemari. Sicut*
44. *Fur ruptô laqueô decidens iterum ſuſpendi.*
45. *Pœnâ* l. 5. Cod. ad L. J. Majeſta. *juſtè etiam filii coërcentur.*
46. *Nequit tamen extendi ad nepotes.*

FINIS.